

# CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE AO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

Bruno da Rocha Barros<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente artigo objetiva analisar a evolução do Direito Administrativo.

**PALAVRAS CHAVE:** direito administrativo, legalidade, juridicidade, democracia, direitos fundamentais.

## 1. Constitucionalização do Direito Administrativo

No seu monumental livro “O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”, publicado ainda em 1941, Miguel Seabra Fagundes apresentou a definição de função administrativa até hoje repetida nos bancos universitários brasileiros: “*administrar é aplicar a lei de ofício*”. Tal concepção corresponde à visão tradicional da legalidade administrativa como uma vinculação positiva à lei.

Não custa lembrá-la, tal como enunciada por Hely Lopes Meirelles: “*Na Administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.*”

O ofício administrativo, todavia, não se reduz – e, jamais se reduziu – à mera aplicação mecanicista da lei. A própria origem pretoriana e autovinculativa do direito administrativo por obra do Conselho de Estado francês, e os amplos espaços discricionários deixados pela lei para serem preenchidos pelo administrador, já comprometeriam, a rigor, essa noção de que a Administração não age por vontade própria, senão que se limita a cumprir a vontade previamente manifestada pelo legislador. Em verdade, mesmo a atividade de interpretação da lei, já o dizia Kelsen, comporta sempre uma margem autônoma de criação, daí se poder afirmar que mesmo os ditos regulamentos de execução expressam também algum conteúdo volitivo da Administração Pública.

Assim, na aguda percepção de Almiro do Couto e Silva, “*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 certo, não prescinde a Administração Pública de uma autorização legal para agir, mas, no exercício*

<sup>1</sup> Analista Tributário da Receita Federal do Brasil

*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, que é hoje universalmente reconhecida ao Poder Público.”*

Ademais, é fato notório que a segunda metade do século XX assistiu a um processo de desprestígio crescente do legislador e de erosão da lei formal – a chamada crise da lei – caracterizada pelo desprestígio e descrédito da lei como expressão da vontade geral, pela sua politização crescente ao sabor dos sucessivos governos, pela crise da representação, pelo incremento progressivo da atividade normativa do Poder Executivo e pela proliferação das agências reguladoras independentes.

A tais riscos, criados pelo enfraquecimento da lei formal e pela multiplicação dos ordenamentos administrativos setoriais, propõe-se como resposta a constitucionalização do direito administrativo. Deve ser a Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade.

Tal postura científica assenta na superação do dogma da imprescindibilidade da lei para mediar a relação entre a Constituição e a Administração Pública. Com efeito, em vez de a eficácia operativa das normas constitucionais – especialmente as instituidoras de princípios e definidoras de direitos fundamentais – depender sempre de lei para vincular o administrador, tem-se hoje a Constituição como fundamento primeiro do agir administrativo. Tal como afirma Canotilho, *“a reserva vertical da lei foi substituída por uma reserva vertical da Constituição.”*

Verifica-se, assim, o surgimento de uma verdadeira Constituição administrativa, que, por um processo de autodeterminação constitucional, emancipou-se da lei na sua relação com a Administração Pública, passando a consagrar princípios e regras que, sem dependência da *interpositio legislatoris*, vinculam direta e imediatamente as autoridades administrativas. A Constituição, assim, deixa de ser mero programa político genérico à espera de concretização pelo legislador e passa a ser vista como norma diretamente habilitadora da competência administrativa e como critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa.

Talvez o mais importante aspecto dessa constitucionalização do direito administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como núcleos de condensação de valores. A nova principiologia constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa também a ocupar posição central na constituição de um direito administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem. Como assinala

Santamaria Pastor, as bases profundas do direito administrativo são de corte inequivocamente autoritário; até que fosse atraído para a zona de irradiação do direito constitucional, manteve-se ele alheio aos valores democráticos e humanistas que permeiam o direito público contemporâneo.

A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).

Toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública passa a ser traçada a partir dos lineamentos constitucionais pertinentes, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático, à vista de sua posição axiológica central e fundante no contexto do Estado democrático de direito. 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 expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional.

## **2. As Dimensões Subjetiva e Objetiva dos Direitos Fundamentais e a Administração Pública**

A temática dos direitos fundamentais, tão cara ao direito constitucional, jamais alcançou prestígio idêntico na seara do direito administrativo. Sintomático que tenha sido historicamente assim.

De fato, em seu contraditório percurso histórico, o direito administrativo erigiu institutos muito mais voltados à lógica da autoridade do que à lógica da liberdade. Daí que categorias administrativas básicas como interesse público, poder de polícia, serviço público tenham sido elaboradas ao largo de qualquer consideração dos direitos fundamentais. Só recentemente alguns publicistas brasileiros atentaram para a imperiosa necessidade de redefinir tais categorias em deferência à supremacia da Constituição e à centralidade dos direitos fundamentais na ordem jurídica e na própria estrutura teleológica do Estado.

No terreno específico do direito administrativo, coube a Marçal Justen Filho o papel pioneiro de redefinir não apenas alguns de seus institutos, mas a própria disciplina a partir da ótica dos direitos fundamentais. Confirma-se: *“O direito administrativo é o conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho.”*

Concorda-se plenamente com o fato de que a vinculação primeira e mais importante da Administração Pública diz respeito aos direitos fundamentais, expressão jurídica máxima da dignidade da pessoa humana.

### **3. A Democracia e a Administração pública**

Por derradeiro, cabe fazer referência ao influxo do princípio democrático sobre a conformação tanto das estruturas como da própria atividade administrativa. Como se adiantou, embora reconhecendo-se a preeminência dos direitos fundamentais no elenco de objetivos da Administração Pública, a eles não se limitam as tarefas administrativas.

Com efeito, a lei democrática, produzida em observância aos lindes constitucionais, opera de forma complementar ao sistema de direitos fundamentais, concretizando, ampliando ou restringindo tais direitos, seja em prol de outros direitos fundamentais, seja em proveito de interesses difusos da comunidade. À Administração Pública, por intermédio de seus órgãos, entidades ou delegatários, cumpre tanto a realização dos direitos fundamentais (por meio de abstenções, restrições ou prestações positivas), como a consecução de objetivos de viés coletivo (decorrentes diretamente da Constituição ou estabelecidos validamente pelo legislador democrático).

Deste modo, como corolário da ideia de autogoverno coletivo, inerente ao projeto democrático, devem as estruturas da burocracia estatal e os objetivos de sua atuação ser responsivos à vontade geral do povo, consubstanciada na lei. Por evidente, quanto mais analítica e dirigente for a Constituição, menor será o espaço de livre conformação do legislador, e vice-versa. Em qualquer caso, todavia, a juridicidade administrativa não costuma ser delineada exclusivamente pelo constituinte ou pelo legislador, mas pela conjugação da obra normativa de ambos, conforme interpretada e ponderada por administradores públicos ou juízes.

Um dos traços marcantes dessa tendência à democratização é o fenômeno que se convencionou chamar de processualização da atividade administrativa. Tal termo é designativo da preocupação crescente com a disciplina e democratização dos procedimentos formativos da vontade administrativa, e não apenas do ato

administrativo final. Busca-se, assim, (i) respeitar os direitos dos interessados ao contraditório e a ampla defesa; (ii) incrementar o nível de informação da Administração acerca das repercussões fáticas e jurídicas de uma medida que se alvitra implementar, sob a ótica dos administrados, antes da sua implementação; (iii) alcançar um grau mais elevado de consensualidade e legitimação das decisões da Administração Pública.

#### **4. Princípio da Juridicidade**

Princípio que vem se afirmando na doutrina e na jurisprudência mais modernas como uma nova acepção (não uma superação) do princípio da legalidade, a juridicidade costuma ser referida como a submissão dos atos estatais a um padrão amplo e englobante de legalidade, cujos critérios não seriam apenas a lei estrita, mas, também, os princípios gerais do Direito e, sobretudo, os princípios, objetivos e valores constitucionais. É a visão de que a Administração Pública não deve obediência apenas à lei, mas ao Direito como um todo.

Trata-se, na verdade, de uma expressão ampliada do princípio da legalidade, consequência de uma visão neoconstitucionalista do Direito, onde os princípios jurídicos, as finalidades públicas e os valores e direitos fundamentais constituem, juntamente com as regras constitucionais e legais o “bloco de legalidade” que, ao mesmo tempo, legitima e impõe limites à ação administrativa.

O princípio da legalidade, se corretamente entendido, não pode ser considerado superado pelo princípio da juridicidade, porque as referências ao princípio da juridicidade sempre partem de normas (regras e princípios) constitucionais ou legais. O princípio da juridicidade nada mais é do que o princípio da legalidade entendido substancialmente, não se tendo em consideração apenas esta ou aquela regra legal específica, mas o ordenamento jurídico como um todo.

O princípio da juridicidade, como já o denominava Adolf Merkl, em 1927, engloba, assim, três expressões distintas: o princípio da legalidade, o da legitimidade e o da moralidade, para alçar-se como o mais importante dos princípios instrumentais, informando, entre muitas teorias de primacial relevância na dogmática jurídica, a das relações jurídicas, a das nulidades e a do controle da juridicidade.

#### **5. Princípio da Legalidade**

O Princípio da Legalidade é um dos pilares do Direito Administrativo. A legalidade comporta dois importantes desdobramentos:

a) supremacia da lei: a lei prevalece e tem preferência sobre os atos da Administração. Relaciona-se com a doutrina da *negative Bindung* (vinculação negativa), segundo a qual a lei representaria uma limitação para a atuação do administrador, de modo que, na ausência da lei, poderia ele atuar com maior liberdade para atender ao interesse público.

b) reserva de lei: o tratamento de certas matérias deve ser formalizado necessariamente pela legislação, excluindo a utilização de outros atos com caráter normativo. Encontra-se inserido na doutrina da *positive Bindung* (vinculação positiva), que condiciona a validade da atuação dos agentes públicos à prévia autorização legal.

A doutrina se divide quanto ao tema:

a) Doutrina Clássica (exemplo: Hely Lopes Meirelles) – Atualmente, tem prevalecido, na doutrina clássica e na praxe jurídica brasileira, a ideia da vinculação positiva da Administração à lei. Vale dizer: a atuação do administrador depende de prévia habilitação legal para ser legítima.

b) Doutrina Moderna (exemplo: Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Gustavo Binenbojm) – Com a crise da concepção liberal do princípio da legalidade e o advento do Pós-positivismo, a atuação administrativa deve ser pautada não apenas pelo cumprimento da lei, mas também pelo respeito aos princípios constitucionais, com o objetivo de efetivar os direitos fundamentais. Desta forma, a legalidade não é o único parâmetro da ação estatal que deve se conformar às demais normas consagradas no ordenamento jurídico. A legalidade encontra-se inserida no denominado princípio da juridicidade que exige a submissão da atuação administrativa à lei e ao Direito (Bloco de Legalidade).

Dentro da concepção inicial do princípio da legalidade, sustentava-se que o Poder Executivo só poderia agir para aquilo que já fosse exaustivamente predeterminado pela lei. Dentro dessa visão inicial de separação dos Poderes, o Executivo administraria a gestão do bem coletivo apenas “executando” as normas previamente estabelecidas pelo Poder Legislativo. Daí se ver o Governo como um Poder Executivo, e a vetusta definição de que administrar seria “aplicar a lei de ofício”.

A lei não é o instrumento mais apropriado para de per se efetivar mudanças concretas na realidade social. Os seus atributos de permanência e generalidade contrastam com as necessidades de inserção concreta na vida social e contínua adaptação à realidade (dar conta de problemas sociais e econômicos concretos e individualizados, realizar obras, controlar preços e fusões empresariais, fornecer medicamentos etc.). A lei pode, em grande parte, disciplinar o atendimento a essas

necessidades, mas não há como, pela sua própria natureza, atender às mesmas diretamente no mundo concreto. Só a atividade administrativa a ela subsequente é capaz de fazê-lo.

O princípio da legalidade deve ser compreendido, já o dissemos, como a busca e o atendimento aos valores substanciais do ordenamento jurídico, não apenas como o mero respeito à competência formal de um dos órgãos do Estado, o Legislativo.

## **6. Princípio da Legitimidade**

Esta segunda condicionante jurídica do agir do Estado, que vem expressa no próprio conteúdo democrático do Estado de Direito, o submete, além da vontade juridicamente positivada, acima estudada, também à vontade democraticamente expressa.

Ora, essa vontade juridicamente positivada pelo Estado é o campo da legalidade, princípio geral já estudado, enquanto a vontade democraticamente expressa pela sociedade, indiferentemente positivada ou não, situa-se no campo mais vasto da legitimidade, como um princípio substantivo, específico do Direito Público, que informa, particularmente a tríade do Direito Constitucional, Administrativo e Tributário, os ramos em que se encontram regularmente previstas inúmeras possibilidades de manifestações discricionárias dos agentes estatais.

A legitimidade se deriva diretamente do princípio democrático, destinada a informar fundamentalmente a relação entre a vontade geral do povo e as suas diversas expressões estatais – políticas, administrativas e judiciárias. Trata-se de uma vontade difusa, captada e definida formalmente a partir de debates políticos, de processos eleitorais e de instrumentos de participação política dispostos pela ordem jurídica, bem como captada e definida informalmente pelos veículos abertos à liberdade de expressão das pessoas, para saturar toda a estrutura do Estado democrático, de modo a se tornar necessariamente informativa, em maior ou menor grau, conforme a hipótese aplicativa, do exercício de todas as suas funções e em todos os níveis em que se deva dar alguma integração jurídica de sua ação.

Portanto, nessas funções públicas, sejam quais forem os órgãos que as desempenhem, a legitimidade se manifestará mais ou menos acentuadamente, conforme o grau de discricionariedade aberto pela Constituição ou pelas leis do País a legisladores, administradores, juízes e exercentes de funções constitucionalmente independentes. Essa disponibilidade de escolhas discricionárias, uma vez aberta pela ordem jurídica, qualificará, em graus distintos, do agir estatal, a legitimidade da ação de seus agentes.

## **7. Princípio da moralidade**

O princípio da moralidade, inserido no art. 37 da CRFB, exige que a atuação administrativa, além de respeitar a lei, seja ética, leal e séria.

Nesse sentido, o art. 2.º, parágrafo único, IV, da Lei 9.784/1999 impõe ao administrador, mormente nos processos administrativos, a “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

Hoje, estando a legalidade ampliada pela ideia de juridicidade, e estando a própria moralidade (tal como vários outros princípios antes considerados como metajurídicos) positivada na Constituição, ela passou a integrar o bloco da legalidade.

Assim, um ato administrativo imoral, que foge ao que seria o comportamento de um “bom administrador”, seria também um ato ilegal por violação à mais importante das leis, a Constituição.

## **8. Conclusão**

Com a constitucionalização do Direito Administrativo, a lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa. A Constituição – entendida como sistema de regras e princípios – passa a constituir o cerne da vinculação administrativa à juridicidade.

A legalidade, embora ainda muito importante, passa a integrar o conceito de juridicidade, que exige a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não mais apenas à lei.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, setembro/outubro/novembro, 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de direito administrativo. 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 30. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.



\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Coordenação Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. Revista brasileira de direito público. Belo Horizonte, ano 4, n. 14, jul./set. 2005.

\_\_\_\_\_. A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

HARGER, Marcelo. Princípios constitucionais do processo administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LESSA, Sebastião José. Direito Administrativo Disciplinar interpretado pelos Tribunais. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

MEDAUAR, Odete. A processualidade no direito administrativo. 2. ed. rev. atual. ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. Direito administrativo moderno. 15. ed. rev. atual. e amp. . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro : Forense, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei n.º 9.784/1999). RDA, n. 237, p. 273-274, jul.-set. 2004