

**TRAÇOS DO PERCURSO HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE
ADMINISTRATIVA: DO MITO DA SUBMISSÃO LEGAL AO ESTADO DE
DIREITO**

**RASGOS DEL CAMINO HISTÓRICO DEL PRINCÍPIO DE LA LEGALIDADE
ADMINISTRATIVA: DESDE EL MITO DE LA SUMISIÓN LEGAL AL ESTADO DE
DERECHO**

Adriano De Bortoli

Marcos Leite Garcia

RESUMO

O artigo trata do conceito de princípio da legalidade administrativa a partir do mito da submissão legal na França e do Estado de Direito na Alemanha com o objetivo de explorar na literatura especializada em história do direito público os traços que marcam o conceito na tentativa de se construir uma história da legalidade administrativa. Partiu-se da hipótese de que, levando-se em conta a compreensão dogmática acerca do princípio, as formulações utilizadas como explicativas e constitutivas do conceito – primazia da lei e reserva da lei – acabam prejudicando a compreensão do caráter único da manifestação do conceito de legalidade administrativa em cada uma das experiências históricas escolhidas para a sua análise. Obteve-se como resultado importantes elementos a diferenciar o conceito da legalidade administrativa construído sob o mito da submissão legal e sob o Estado de Direito ao ponto de se concluir pela existência de várias histórias desse conceito como recurso metodológico necessário para a sua compreensão e evitar-se generalizações que possam encobrir os fundamentos teóricos e ideológicos que sustentam os conceitos dogmáticos.

PALAVRAS-CHAVE: princípio da legalidade administrativa; direito administrativo; história do direito

RESUMEN

El artículo trata sobre el concepto de principio de legalidad administrativa desde el mito de la sumisión legal en Francia y del Estado de Derecho en Alemania, con el objetivo de explorar en la literatura sobre la historia del derecho público los rasgos que marcan el concepto en un intento de construir una historia de la legalidad administrativa. Se ha partido de la hipótesis de que, teniendo en cuenta la comprensión dogmática del principio, las formulaciones utilizadas como explicativas y constitutivas del concepto - la primacía de la ley y la reserva de la ley - terminan perjudicando la comprensión del carácter único de la manifestación de la legalidad administrativa en cada una de las experiencias históricas elegidas para su análisis. Se obtuvo como resultado elementos importantes para diferenciar el concepto de legalidad administrativa basada en el mito de la preferencia legal y bajo el imperio de la ley tan lejos como para concluir que hay varias historias de este concepto como un recurso metodológico necesario para su comprensión y evitar las generalizaciones que pueden cubrir los fundamentos teóricos e ideológicos que sustentan los conceptos dogmáticos.

· Doutor e Mestre em Direito pelo PPGD/UFSC. Professor substituto na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Email: adbortoli@gmail.com.

· Doutor e Mestre em Direito pela Universidad Complutense de Madrid (ES). Professor do Centro de Pós Graduação em Ciências Jurídicas da UNIVALI (SC). Email: mleitegarcia@terra.com.br.

PALABRAS CLAVE: principio de legalidad administrativa; derecho administrativo; historia del derecho

1 INTRODUÇÃO

No âmbito da dogmática do Direito Administrativo atual define-se que a Administração Pública está vinculada ou conectada ao Direito por meio do conceito "princípio da legalidade administrativa", também chamado de "princípio da legalidade da Administração Pública". O qual se divide em dois sub princípios: o sub princípio da primazia ou da supremacia da lei sobre os demais atos estatais infraconstitucionais; e o sub princípio da reserva legal que obriga a Administração Pública a atuar somente quando houver lei expressa que assim o determine (RODRIGUES, 2005; SORRENTINO, 1999; EHRARDT SOARES, 1981; BASSI, 2001; SORDI, 2008).

Segundo García de Enterría e Tomás Fernandez (1981) três aspectos são fundamentais para se entender o princípio da legalidade: a) toda atividade administrativa - e não só as atividades privadas da Administração, como no Estado de Polícia - fica subordinada à lei; b) a atividade administrativa, com base na sua submissão à lei, assume caráter jurídico e c) com base na sujeição da Administração ao controle dos tribunais, os particulares adquirem garantias que lhes asseguram o cumprimento da lei pela Administração.

Gustavo Zagrebelski (1995) apresenta outra visão sobre a construção histórica do princípio na qual se observariam dois casos: o primeiro, característico da Alemanha, é o da preferência ou prevalência da lei, em que a vinculação legal da Administração se traduzia na obrigatoriedade de não violar a lei, de atuar dentro dos seus limites, já que ela possuía preferência face às restantes atividades do Estado. A supremacia da lei significava, tão somente, que os atos de grau inferior não podiam ser dirigidos *contra legem*. O segundo caso se dá no momento em que se observa o princípio de reserva de lei, presente no "monismo" parlamentar francês.

As três visões reproduzidas acima sobre o princípio da legalidade administrativa são sínteses poderosas para se apontar o que possa vir a ser o conceito de legalidade administrativa. Todavia, podem ser questionadas como tentativas de concepção de uma história desse conceito na medida em que não esclarecem, precisamente, a utilização e o emprego do conceito nos momentos históricos nos quais surgem, bem como não explicitam os critérios adotados ao se selecionar os fatos que serviram para escrever essa história.

Por essas razões se optou por abordar dois momentos da história desse conceito que podem apontar os significados atribuídos para a vinculação da Administração Pública ao

Direito, destacando-se as formulações teóricas que estão por trás dos conceitos dogmáticos produzidos a fim de que as opções metodológicas e teóricas que construíram a dogmática do Direito Administrativo possam ser explicitadas.

A aproximação à história do conceito de princípio da legalidade aqui proposta, contudo, não tem por propósito produzir uma história do conceito mas apenas revisar abordagens já realizadas dessa história e com isso esboçar seus principais traços, tendo em vista o que possa vir a ser um conceito a respeito do qual se poderia conceber uma história (KOSELLECK, 1992).

2 TRAÇOS DA VINCULAÇÃO JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO LIBERAL NA FRANÇA E NA ALEMANHA

O período aqui denominado de Estado Liberal pode ser caracterizado pela centralidade que o parlamento tenta ocupar na produção do direito e no exercício do poder e se divide em três momentos de profundas mudanças institucionais, doutrinárias e legislativas: o mito da submissão legal na França; a afirmação do Estado de Direito e a transição para o Estado Constitucional na Alemanha.

2.1 O "mito" da submissão legal na França

A história da legalidade administrativa, se for comparada com a história da legalidade penal não é uma história de proclamações constitucionais e de um núcleo de garantias sempre consideradas indispensáveis como as do direito penal «*nulla poena sine lege, nullum crimen sine poena*», presentes na *Declaratiòn*. Mas uma história - ou melhor, uma parte da história normativa em que prevalece uma história conceitual - às vezes dogmática, repleta de profundas evoluções conceituais no percurso de afirmação do princípio (SORDI, 2008).

Essa primeira conclusão apresentada por Bernardo Sordi no ensaio intitulado «*Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia: la prospettiva storica*» decorre da comparação do princípio da legalidade administrativa ao seu similar, princípio da legalidade penal, ressaltando as diferenças funcionais de cada um, respectivamente: a função de garantia dos direitos dos cidadãos contra o exercício arbitrário do poder e a função organizadora do exercício cotidiano do poder.

Para Sordi (2008), a tônica a se observar da perspectiva histórica do conceito, no horizonte problemático do "governo das leis" e do regime administrativo será, que a administração tenta efetivamente se inserir nas normas constitucionais em forma de princípio.

Sob essa ótica, enquanto o conceito do direito penal assume papel de princípio fundamental previsto não só na *Déclaration*, como por exemplo pode se observar no artigo oitavo "A lei deve prever sanções estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido por uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada" (GODECHOT, 2006, p. 34), mas também nos textos constitucionais que surgem após a Revolução. Na Constituição de 1791, tem-se por exemplo:

Art. 13 - Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.

Art. 14 - Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si mesmos ou pelos seus representantes, a necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

Art. 15 - A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração. (GODECHOT, 2006, p. 34)¹

Na Constituição de 1793 se observa que :

Art. 10 - Nenhuma pessoa pode ser acusada, presa ou detida senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas prescritas. Qualquer cidadão convocado ou detido pela autoridade da lei deve obedecer imediatamente ; ele torna-se culpado pela resistência (GODECHOT, 2006, p. 81)²

A legalidade do regime administrativo move-se pelos caminhos da racionalização administrativa:

A assembleia constituinte muda todos os limites prévios da antiga administração e cria uma organização territorial inteiramente nova; racional e rigorosamente hierarquizada: o território administrativo foi dividido em departamentos, os departamentos em distritos, os distritos em cantões e estes em comunas. De fato, é a administração comunal que a assembleia ocupa primeiramente; ela fixou, essencialmente, os traços da Lei de 14 de dezembro de 1789 porque ela queria avançar rapidamente na criação de novos municípios, legais, que deveriam substituir as organizações revolucionárias no poder desde os distúrbios de julho-outubro de 1789 (GODECHOT, 1998, p. 91)³.

¹ Todos os textos em língua estrangeira traduzidos no corpo do texto são traduções nossas. Optou-se por manter a versão original em notas explicativas pra que o leitor possa verificar as fontes citadas diretamente. « *Art. 13 - Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable; elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés.*»; «*Art. 14 - Les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en souvre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée.*»; «*Art. 15 - La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration.* »

² «*Art. 10. – Nul ne doit être accusé, arrêté ni détenu, que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. Tout citoyen, appelé ou saisi par l'autorité de la loi, doit obéir à l'instant; il se rend coupable par la résistance.*»

³ «*L'assemblée constituante bouscula tous les cadres de l'ancienne administration et créa une organisation territoriale entièrement neuve; rationnelle et étroitement hiérarchisée: le territoire français fut divisé en départements, les départements en districts, les districts en cantons et ceux-ci en communes. A vrai dire, c'est de l'administration communale que l'assemblée s'est d'abord occupée; elle en a fixé, puor l'essentiel, les traits par la loi du 14 décembre 1789 parce qu'elle voulait faire procéder aussi rapidement que possible à la mise en place des municipalités nouvelles, légales, qui devaient remplacer les organismes révolutionnaires, au pouvoir depuis les troubles de juillet-août 1789.*»

Entre os caminhos da racionalização administrativa, no que toca à organização territorial do Estado, Isser Wolosch (1994) observa que a subdivisão do território nacional realizada pela Assembleia Constituinte Francesa se dirige a criar um novo mapa político e administrativo, orientado pela departamentalização, por meio de um plano geométrico em contraposição às "naturais"¹ divisões territoriais.

Sobre o aspecto da departamentalização e do novo mapa político e administrativo da França pós Revolução, coube à lei de 22 de dezembro de 1789, relativa às assembleias primárias e assembleias administrativas, a implementação de um sistema composto de departamentos divididos em distritos, distritos divididos em cantões, e de cantões divididos em comunas. Respeitou-se, nessa nova divisão territorial, os quadros tradicionais das províncias, bem como aspectos históricos e geográficos ao se editar o decreto de 15 de janeiro de 1790 que fixou o número de departamentos em oitenta e três (SOBOUL, 1981). A administração das comunas, por sua vez, foi organizada pela lei de 14 de dezembro de 1789, a administração departamental foi objeto da lei de 22 de dezembro de 1789 e os cantões não tinham nenhuma administração própria (WOLOSCH, 1994).

A luta desse plano geométrico contra as divisões “naturais” do território, contudo, esbarrou em elementos da tradição destacados por Luis Diez del Corral (1984), principalmente a respeito da questão do município:

O município, como a família, é anterior ao Estado; a lei o encontra feito, não o cria; não é uma organização política, mas civil; donde se deduz uma consequência importante de acordo com sua teoria de representação (de Royer-Collard): a administração municipal está submetida rigorosamente aos princípios do mandato, diferentemente do que ocorre com a ordem política.

Diez del Corral explicita o problema da continuidade das estruturas administrativas do Antigo Regime após a ruptura revolucionária e a criação, por via constitucional, do Estado. Há um aspecto específico que merece destaque. O município é, diferentemente da estrutura administrativa estatal, administrado por representantes eleitos entre os seus cidadãos. Esse traço de autogoverno entrará em conflito com a vontade geral expressa pela lei que exigirá a subordinação hierárquica do plano geométrico da departamentalização.

A tese, portanto, é de que haveria na nova estrutura administrativa revolucionária traços bastante fortes do modelo do antigo regime e de que a ruptura atribuída à Revolução seria permeada por antigas continuidades é bastante conhecida entre os leitores de Alex de

¹ A naturalização das relações políticas é um dos recursos mais frequentes no discurso corporativo orientado pela dominação tradicional.

Tocqueville (1979), o qual defende a existência de uma linha de continuidade entre o Antigo Regime e a Revolução quando analisa a centralização administrativa do período pós-revolução:

Na época em que tínhamos ainda assembleias políticas na França, ouvi certa vez um orador que dizia o seguinte sobre a centralização administrativa: 'Esta bela conquista da Revolução que a Europa inveja'. Posso até concordar em que a centralização seja uma bela conquista, aceito que a Europa nos inveje por isto, mas mantenho que não é, de modo algum, uma conquista da Revolução. Pelo contrário, é um produto do antigo regime e, mais ainda, a única parte da constituição política do antigo regime que sobreviveu à Revolução, porque a única que pôde se acomodar ao novo estado social que a Revolução criou (TOCQUEVILLE, 1979, p. 335).

Em contraposição a esse posicionamento, Pierre Rosanvallon (2004) defende a tese de compreender a história do Estado sob o aspecto de um processo de racionalização no qual se destacam duas vertentes, não necessariamente coincidentes: a do Estado como aparelho administrativo e burocrático e a do Estado como forma política.

Sob essas duas vertentes esse primeiro modelo tipológico, construído a partir do mito da administração como atividade material¹ e do primado da lei, encontra no culto revolucionário da lei o espaço necessário para a afirmação do Estado legislativo fundado sobre a separação rígida de poderes e pela supremacia absoluta da vontade geral:

O projeto de 1789 postula, com efeito, a radical anulação de cada poder administrativo, reservando exclusivamente à lei a autoridade de comprimir a liberdade natural dos sujeitos. Uma vez formada a vontade comum e consignada ao texto legal, a administração teria de se limitar a fazê-la “*retomber*[recair]” sobre cabeça dos singulares cidadãos, seus artificios indiretos, do modo mais neutro e mecânico possível, abstendo-se rigorosamente de acrescentar-lhe qualquer obrigação a mais. E tal era o significado originário do art. 5º da Declaração de direitos de proclamar, contra o arbítrio comissarial da velha monarquia, que ‘tudo que não é proibido pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser constrangido a fazer aquilo que ela não ordena’ (MANNORI e SORDI, 2006, p. 231-232).

O aprofundamento desse mito pode ser verificado na concepção de "execução da lei" predominante durante a primeira parte do século XIX na França, a qual se caracteriza pela construção do Estado sob o domínio da Administração Pública, sendo próprio desse período - que se inicia com a Revolução e termina com a queda de Napoleão - que

A administração havia, pois, consolidado a própria individualidade e o próprio espaço institucional; os juristas haviam delineado as primeiras representações

¹ "Il progetto dell'89 postula, in effetti, il radicale azzeramento di ogni vera postestà amministrativa, riservando esclusivamente alla legge l'autorità di comprimere la naturale libertà dei soggetti. Una volta formata la volontà comune e consegnata al testo legale, l'amministrazione avrebbe dovuto limitarsi a farla «*retomber*» sul capo dei singoli cittadini, suoi artefici indiretti, nel modo più neutro e meccanico possibile, astenendosi rigorosamente dall'aggiungervi qualsiasi obbligazione ulteriore. E tale era il significato originario dell'art. 5 della Dichiarazione dei diritti nel proclamare, contro il arbitrii commissariali della vecchia monarchia, che «*tutto ciò che non è proibito dalla legge non può essere impedito e nessuno può essere costretto a fare ciò che essa non ordina*»."

'tridimensionais' do poder, descobrindo a nova categoria disciplinar do direito administrativo; o *Conseil d'État* havia posto em obra uma série de garantias, estranhas aos habituais remédios jurisdicionais e internas ao novo ordenamento administrativo, de crescente complexidade e articulação, destinadas a jogar um papel decisivo na conquista definitiva da especialidade administrativa (MANNORI e SORDI, 2006, p. 305)¹.

A vinculação jurídica da Administração Pública percorre caminhos mecanicamente traçados pela concepção de Administração como simples execução material da previsão legal, voltada para cobrança de recursos, para a gestão da "contribuição comum" e para sua devida prestação de contas.

Muito embora a lei adquira uma posição central no processo de racionalização da atividade administrativa e seja a condição sem a qual a Administração Pública não conseguiria existir, ainda assim faltava ao princípio da legalidade alcançar o plano das garantias individuais que lhe permitisse a projeção suficiente para que pudesse ser chamado de administrativo (SORDI, 2008).

Na diferenciação entre administração e justiça, outro aspecto desse modelo, o "mito" da submissão legal é aprofundado e se consolida a separação entre executivo e judiciário. Como bem observa Sordi: "Sob aspecto administrativo a legalidade tenta cruzar o plano da garantia: a legalidade administrativa ainda se declara independentemente da tutela jurisdicional." (SORDI, 2008, p. 36).

Os juristas nesse momento estavam ocupados com a definição da "matéria administrativa" e de sua distinção da judiciária. É, portanto, na atuação dos legisladores que o desenho institucional da legalidade administrativa acompanhava o princípio do *État Légal* ao imprimirem ao art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão a interpretação mais favorável ao objetivo da centralização do poder e da hierarquização da burocracia (BURDEAU, 1995) por meio da aprovação de leis com o fim de que a ação administrativa não transbordasse os limites legais, tão somente executasse seus comandos, agindo, assim, de forma autômata. É o caso das seguintes leis: 15-20 de outubro de 1789 que proibiu o Conselho do rei de editar regulamentos próprios "*arrêt de propre mouvement*"; 14 de dezembro de 1789 que criou a subordinação hierárquica entre os "*magistrats municipaux*" e os "*corps administratifs supérieurs*"; 22 de dezembro de 1789 - sobre as "*assemblées administratives*" - "dispunha que os distritos estavam inteiramente subordinados aos

¹ "L'amministrazione aveva dunque consolidato la propria individualità e il proprio spazio istituzionale; i giuristi avevano delineato le prime raffigurazioni 'tridimensionali' del potere, scoprendo la nuova categoria disciplinare del diritto amministrativo; il *Conseil d'Etat* aveva messo in cantiere una serie di garanzie, estranee ai consueti rimedi giurisdizionali e interne al nuovo ordinamento amministrativo, di crescente complessità e articolazione, destinate a giocare un ruolo decisivo nella definitiva conquista della specialità amministrativa".

departamentos, a homologação de seus '*arrêtés*' pela autoridade superior era obrigatória, que poderia reformar ou excluir as medidas contrárias à lei". Acrescenta-se também a previsão do art. 6, sect. 1, chap. IV, titre III, da Constituição de 1791: "O poder executivo não pode fazer nenhuma lei, mesmo provisória, mas somente proclamações conformes às leis, para ordenar ou fazer lembrar a sua execução" (BURDEAU, 1995, p. 42-43).¹

Essa concepção de execução da lei como única tarefa da administração se formou entre os constituintes da primeira constituição francesa que adotavam dois conceitos quando se tratava da tradução da lei em ação concreta: "*application*" e "*exécution*" da lei.

A aplicação é a realização inteligente e 'jurídica' do ditado legal, que implica uma avaliação compreensiva da realidade empírica, a fim de verificar a sua correspondência com a previsão normativa; enquanto que a execução é a simples atuação 'física' e material dos preceitos contidos no texto, constituindo necessariamente um *posterius* em relação à primeira (MANNORI e SORDI, 2006, p. 232)².

Logo após a revolução, não bastava que os atos da Administração não violassem a lei e os direitos subjetivos que esta consagrava mas exigia-se também que certos domínios - a liberdade e a propriedade individuais - só pudessem ser regulados por lei ou com base numa lei (NOVAIS, 1987). Nesse modelo de separação de poderes, coube ao monarca o papel de executar a força somente quando os tribunais assim o determinassem e não por seu próprio critério como no Antigo Regime em que administrava diretamente a justiça aos próprios súditos (MANNORI e SORDI, 2006).

Entretanto, o gradual aperfeiçoamento da produção legislativa somado ao aumento da importância do Parlamento dentro da monarquia constitucional propiciou a evolução do princípio da reserva da lei para princípio da reserva total de lei, segundo o qual toda a atividade administrativa, independentemente da natureza que se revestisse ou da área em que se verificasse, pressupunha a existência de um fundamento legal, ou seja, um processo de execução da lei (BURDEAU, 1995).

O esforço da legalidade administrativa em passar para o plano das garantias, entretanto, se converte em hesitação quando o regime administrativo e ela própria experimentam a radicalização da separação de poderes, a criação do *Conseil d'Etat* e o

¹ *Le pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux lois, pour en ordonner ou en rappeler l'exécution.*

² *L'application è la realizzazione intelligente e 'giuridica' del dettato legale, quella che implica una valutazione consapevole della realtà empirica al fine di verificare la sua corrispondenza alla previsione normativa; mentre l'exécution è la semplice attuazione 'fisica' e materiale dei precetti contenuti nel testo, costituente necessariamente un *posterius* rispetto alla prima.*

surgimento da autonomia do poder administrativo, sob o Consulado e sob o Império napoleônico (BURDEAU, 1995; SORDI, 2008).

Essa hesitação só será superada quando começa a ser construído o segundo modelo tipológico, reação à ineficácia da legalidade para evitar os abusos do período do Terror, a partir da garantia dos direitos individuais como limites ao exercício do poder: o Estado de Direito (BURDEAU, 1995).

2.2 Surgimento e afirmação do Estado de Direito na Alemanha

No quadro histórico do Estado Liberal surge a concepção de Estado de Direito que na Alemanha se caracterizou por herdar do regime de polícia a soberania absoluta do Estado e a submissão de certa esfera das suas atividades ao direito civil e à jurisdição civil e se constituiu sob a fórmula de *Rechtsstaat* por haver: a) estabelecido a forma jurídica para a organização e exercício do poder soberano; b) afirmado o direito público como o direito próprio das relações entre Estado e súdito, não mais uma esfera na qual, por oposição a do direito civil, não existe direito quando se trata de relações entre Estado e súdito; c) reservado ao direito público as questões relativas à administração; d) afirmado o papel da lei e da participação popular na sua formulação; e) assumido a separação de poderes e submissão à lei – justiça e administração sob a lei; f) incorporado a ideia de ato administrativo como similar de sentença; e g) afirmado a não submissão da administração ao poder judiciário (MAYER, 1982).

Essa caracterização do *Rechtsstaat* proposta por Otto Mayer na edição de seu *Direito Administrativo Alemão*, publicado no final do século XIX, necessita ser matizada para que os traços peculiares da transição do Estado Legislativo ao Estado de Direito possam tornar mais claras as opções metodológicas adotadas pelos juristas alemães do século XIX.

A doutrina do Estado de Direito na Alemanha surge em uma fase histórica na qual a concepção juspositivista do direito de liberdade é afirmada. Ela coloca o fundamento dos direitos na lei do Estado para garantir a certeza do direito e a segurança da sociedade civil. Disso decorre a concepção de uma liberdade nos limites e sobre o fundamento da lei, "uma liberdade posta sobre a base da autoridade do Estado", assinala Gustavo Gozzi (2003, p. 33-34)¹.

Dois momentos podem ser distinguidos nessa afirmação do Estado de Direito como um conceito especificamente alemão: o da formulação originária feita por Robert von Mohl

¹ "una libertà posta sulla base dell'autorità dello Stato."

(1799-1875) e o da defesa, feita por Lorenz von Stein (1815-1890) de sua estruturação a partir da distinção entre a lei e os outros atos estatais em meio a fase constitucional do Estado de Direito. Enquanto von Mohl individualizou a essência do conceito nos limites colocados para a sua atividade pelo ordenamento jurídico, caracterizando esses limites por meio da igualdade perante a lei, o acesso igual dos cidadãos a todos os ofícios públicos e a tutela da liberdade pessoal; von Stein, ao analisar a passagem do absolutismo iluminado à idade constitucional do Estado de Direito e os principais problemas da limitação do exercício do poder, estabeleceu os âmbitos das diversas funções do Estado, esclareceu o significado dos direitos de liberdade e submeteu os princípios da justiça administrativa à tutela desses direitos (GOZZI, 2003).

A singular contribuição para o desenvolvimento da vinculação jurídica da Administração Pública ao Direito a partir dos dois momentos foi a introdução constitucional dos limites da ação de governar em relação à esfera da liberdade e a imposição da conformidade dos atos do poder executivo à lei.

Insere-se, entretanto, nesse processo de afirmação do conceito de Estado de Direito uma vertente de legitimidade, apoiada na concepção de Estado Ético defendida por Friedrich Julius Stahl (1802-1861), a qual patrocinava a presença de dois aspectos no Estado: levar a efeito a realidade da nação por meio do desenvolvimento pleno de todas as forças naturais e morais; e aplicar na ordem jurídica os princípios morais desejados por Deus. Embora esse conservadorismo desencoraje o curso juspositivista e liberal que acompanha o conceito, aponta o problema central da autolimitação num contexto em que a constituição passa a ocupar posição central (GOZZI, 2003).

Da relação entre constituição e administração surge, naquele momento, o debate em torno da autonomia da ação administrativa, calcado na distinção entre a estabilidade do direito e a dinamicidade da vida do Estado presente na sua atividade administrativa. Muito embora caiba à jurisdição e à administração a submissão legal, ela se dá de forma diversa nos dois casos. No caso do juiz, cabe-lhe realizar a lei e o direito como expressões do ordenamento jurídico objetivo. No caso do administrador, a lei tem o papel de estabelecer um limite para sua atividade que se determina por meio dos interesses que ela tutela (GOZZI, 2003).

Esse debate será aprofundado através da consideração do problema da justiça administrativa e também através da reflexão do significado dos direitos de liberdade, tendo em vista duas razões principais. A razão da proteção judicial do direito objetivo que confere ao judiciário uma posição superior na construção do Estado de Direito e suscita que a administração também seja submetida a uma jurisdição. E a razão da tutela dos direitos de liberdade, fragilizada pela incapacidade da administração - conduzida pelos interesses

partidários - em garanti-los aos cidadãos quando inexistente um controle efetivo do poder administrativo (GOZZI, 2003).

A justiça administrativa introduzida na Alemanha durante o século XIX, sob a doutrina de Heinrich Rudolf Hermann Friedrich von Gneist (1816-1895) - o qual propunha uma aproximação entre os institutos da justiça administrativa com o modelo inglês do *selfgovernment* - se realizou, todavia, de modo parcial e imperfeito em razão da insuficiente separação entre os órgãos da atividade administrativa e os da jurisdição administrativa (GOZZI, 2003).

A garantia dos direitos de liberdade, entretanto, enfrentou percurso tortuoso que se iniciou com a proposta de substituição da doutrina do *Rechtsstaat* pela doutrina do *Staatsrecht*, apoiada na concepção jurídico-formal do direito público - formulada por Carl Friedrich Gerber (1823-1891) por meio da doutrina do método jurídico -, na qual "o Estado, admitido como pessoa jurídica, exercita uma autoridade própria e exprime uma vontade própria. O poder do Estado reside no direito público e o sujeito do poder, afirma [Paul] Laband [1838-1918], é o Estado mesmo." (GOZZI, 2003, p.47)¹.

O direito público verdadeiramente científico defendido por von Gerber se assentava em dois princípios. O princípio da pureza da dogmática jurídica, que lhe permitiria a ascensão ao status científico ao depurá-la de todos os elementos meta jurídicos e com isso a autonomizar. E o princípio da separação entre direito público e direito privado, por meio da diferenciação material entre esses dois ramos. Olivier Jouanjan (2005, p. 192-193) esclarece a esse respeito que

A identidade genérica da dogmática jurídica supõe a purificação das considerações político-filosóficas; se a identidade de gênero admite a similitude dos métodos, a diferença material específica que deve marcar o território do direito público obriga a «subtrair» os princípios comuns dos seus conteúdos propriamente civilistas. A construção de uma ciência verdadeira do direito público admite portanto duas operações: a purificação e a subtração².

Sobre essas bases teóricas, Georg Jellinek (1851-1911), outro personagem de destaque nesse palco de mudanças, constrói sua doutrina dos direitos públicos subjetivos que tem por

¹ "lo Stato, assunto come persona giuridica, esercita una propria autorità ed esprime un proprio volere. Il potere dello Stato risiede nel diritto pubblico ed il soggetto del potere, afferma Laband, è lo Stato stesso." Ibidem, p. 47

² (L'identité générique de la dogmatique juridique suppose la purification des considérations politico-philosophiques; si l'identité de genre suppose la similitude des méthodes, la différence spécifique matérielle qui doit marquer le territoire du droit public oblige à «dépouiller» les principes communs de leurs contenus proprement civilistes. La construction d'une science véritable du droit public suppose donc deux opérations: la purification et le dépouillement)

tema fundamental a relação entre liberdade e autoridade, resolvida pelo autor ao por o fundamento da primeira na segunda. Gozzi (2003, p. 194) assim sintetiza essa proposta:

No Estado de direito a liberdade se dá somente sobre o fundamento e nos limites fixados pela lei. A esfera de liberdade deriva portanto da auto-delimitação, ou seja, do limite que o Estado impõe a si mesmo através da lei: somente este é o limite do poder no Estado de direito.
(...) No Estado de direito a liberdade se resolve, portanto, no respeito da lei por parte dos órgãos do Estado¹.

Observa-se, de forma clara, nessa parte da concepção de Jellinek dedicada ao *status libertatis*, que a Constituição não ocupa nenhum lugar de limite ao exercício do poder pelo Estado e que a liberdade, afastada de qualquer traço jusnaturalista, se resume ao direito que tem o indivíduo de que a autoridade se abstenha de dar ordens contrárias à lei. Esse direito se constrói como subjetivo a partir da concepção de «interesse» e consiste na "vontade do homem, dirigida a um bem ou a um interesse, que vem reconhecida e protegida pelo ordenamento jurídico" (GOZZI, 2003, p. 50). Paradoxalmente, a possibilidade do indivíduo adquirir e defender seus direitos depende da sua capacidade jurídica, que, por sua vez, é conferida pelo Estado. E o conjunto das capacidades jurídicas conferidas por um ordenamento constitui a personalidade, a qual é uma criação do Estado que faz do sujeito um órgão do Estado.

A obra do segundo modelo tipológico do princípio da legalidade administrativa se encontra no final do século XIX, se não se pode dizer completa, pelo menos estabelecida sobre a firme sustentação do formalismo jurídico.

A superação da hesitação em passar a legalidade administrativa para o plano das garantias fez surgir vários conceitos que inserem a legitimidade ao lado da legalidade da ação estatal na Europa continental, a partir do modelo alemão de *Rechstaat*. Sordi (2008, p. 40) observa que o:

Estado de Direito sintetiza, com efeito, os valores individualistas e a nova expectativa de garantia jurídica, mas condensa um assento institucional que subtrai à justiça toda potencialidade criativa da ordem jurídica e autoriza ao novo sujeito administrativo o monopólio das realizações das competências públicas².

¹ (Nello Stato di diritto la libertà si dà solo sul fondamento e nei limiti fissati dalla legge. La sfera di libertà deriva dunque dall'autolimitazione, ossia dal limite che lo Stato impone a se stesso attraverso la legge: questo è il solo limite del potere nello Stato di diritto.

(...) Nello Stato di diritto la libertà si risolve, dunque, nel rispetto della legge da parte degli organi dello Stato.) GOZZI, Gustavo. *op. cit.*, p. 194

² ("Stato di diritto sintetizza infatti i valori individualistici e le nuove aspettative di garanzia giuridica, ma condensa anche un assetto istituzionale che sottrae alla giustizia ogni potenzialità creativa dell'ordine giuridico e sanziona nel nuovo soggetto amministrativo il monopolio di realizzazione dei compiti pubblici") SORDI, Bernardo. *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, p. 40.

Resta, porém, superar a hesitação e completar a transição desde o mito da submissão legal ao plano das garantias. Essa tarefa será o traço marcante de duas experiências "germânicas" da primeira quadra do século XX: Viena e Weimar.

2.3 A transição para o Estado Constitucional

A transição do Direito Administrativo do modelo do século XIX ao modelo da Administração de Garantia se apresenta quase ao mesmo tempo em que Otto Mayer, considerado entre os administrativistas alemães o criador e personagem clássico do método moderno do Direito Administrativo (STOLLEIS, 2001), publica seu *Direito Administrativo Alemão*, que para Sordi (1987, p. 9) representa:

uma síntese poderosa, um modelo jurídico, expressão seja da separação, da simplicidade, do caráter prevalentemente autoritário da administração do século XIX, mas também de um projeto constitucional bem fundado nos equilíbrios do império guglielmino e na absoluta centralidade do princípio monárquico, um desenho completamente permeado pela consciência do papel decisivo que o direito público havia desenvolvido e desenvolvia na fixação das linhas fundantes do direito administrativo alemão¹.

Uma das maiores contribuições de Otto Mayer para o Direito Administrativo foi o conceito por ele formulado de ato administrativo, o qual permitira à administração com muita clareza decidir o que é legal segundo os assuntos dos casos individuais, revelador de um posicionamento que utilizava os recursos da *common law* e do Direito Administrativo francês, pautado pela ideia de que se o Direito Administrativo era caracterizado pela clareza da conceptualização e sistematização, as várias medidas de soberania poderiam ser formalmente ordenadas se as proteções legais fossem garantidas (STOLLEIS, 2001).

Os conceitos de "primazia da lei" e de "reserva legal" elaborados pelo administrativista alemão, muito embora não tenham ocupado lugar de destaque como o conceito de ato administrativo, revelam os contornos estabelecidos por Mayer (1982, p. 95) para o exercício do poder monárquico entre as projeções liberais do Parlamento:

1. Do mesmo modo que a lei antiga em relação com a justiça, o ato legislativo emitido segundo a forma constitucional se sobrepõe a todas as outras atividades do Estado, como vontade superior e juridicamente mais forte: a lei é irrefutável. Em outros termos: quando a vontade do Estado tem essa origem, não pode ser validamente anulada, modificada ou privada de seus efeitos por nenhuma outra via; por outro lado, ela anula todos os atos já emitidos em nome do Estado, que lhe sejam contrários. Nós chamamos esta força de **preferência da lei**.²

¹ (*una sintesi potente, un modello giuridico, espressione sì della separatezza, della semplicità, del carattere prevalentemente autoritativo dell'amministrazione ottocentesca, ma anche di un progetto costituzionale ben radicato negli equilibri dell'impero guglielmino e nell'assoluta centralità del principio monarchico, un disegno interamente pervaso dalla consapevolezza del ruolo decisivo che la giuspubblicistica aveva svolto e svolgeva nel fissare le linee fondanti del diritto amministrativo tedesco*) SORDI, Bernardo. *Tra Weimar e Vienna: amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*. Milano: Giuffrè, 1987. p. 9

² "1. Del mismo modo que la ley antigua respecto de la justicia, el acto legislativo emitido en la forma

O sub princípio da reserva legal, por outro lado, significa que certos atos estatais com determinado conteúdo, sujeitos à lei, somente são conformes ao Direito quando editados com base em uma lei. Ou seja, somente a regulação conforme o Direito por meio da lei ou outro ato estatal inferior à lei, mas fundamentado em seu poder regulamentar, confere a certos âmbitos materiais validade:

2. A lei dá à justiça o fundamento indispensável de sua atividade, não há sentença senão sobre a base de uma regra de direito; *nulla poena sine lege*. Por outro lado, não é possível manter a administração em uma dependência tão completa. Em consequência, somente para certos objetos, particularmente importantes, se fez da lei constitucional uma condição indispensável da atividade do Estado. Para todos os outros casos, o poder executivo encontra-se livre; atua em virtude de sua força própria e não em virtude da lei. Nós chamamos esta exclusão da iniciativa do executivo - existente para esses objetos especialmente apontados -, a **reserva da lei** (MAYER, 1982, p. 98)¹.

Dentro dessa tradição conceitual inaugurada por Otto Mayer, a reserva legal comporta a afirmação de uma esfera de exercício autônomo do poder por parte da administração e dita os limites intrínsecos do princípio da legalidade numa concepção que reduz a relação entre Estado e cidadão a proteger uma série de situações subjetivas restritas à esfera individual da liberdade e da propriedade (SORDI, 1987, p. 169).

O projeto de Otto Mayer prevalecerá durante a primeira década do século XX como a grande referência do Direito Administrativo que encontrará somente nos primeiros trabalhos de Hans Kelsen a oposição suficientemente forte para dissolver a realidade do Estado e abrir o mundo administrativo à dimensão constitucional (SORDI, 1987).

A Escola de Viena será, portanto, uma etapa conceitual decisiva para o itinerário da legalidade, pois

orientada por um modelo constitucional que num primeiro momento visa a própria *Ideologiekritik* contra uma *Staatslehre* estavelmente ancorada no princípio monárquico e rigidamente dirigida a registrar o peso crescente que a assembleia legislativa adquiria nos próprios equilíbrios institucionais do *Reich*, e que em seguida, nas fortes contraposições dos anos vinte não hesitará em defender a centralidade do Parlamento contra as arriscadas recorrências destinadas a tardar o

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 "

¹ "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 de la iniciativa del ejecutivo - existente para esos objetos especialmente señalados -, **la reserva de la ley "**

lapso constitucional contra os poderes presidenciais de ordenação (mando) da perigos a descoberta de um *pouvoir neutre*, mistificante cobertura das tentativas de reviver em volta do *Reichspräsident* e dos «seus» aparatos burocráticos o princípio monárquico e a unidade do povo alemão em uma busca da «verdadeira» vontade do Estado (SORDI, 1987, p. 163).

A superação do modelo de autonomia da administração, intrinsicamente relacionado com o princípio monárquico que colocava em segundo plano o papel do Parlamento e assinalava aos aparatos burocráticos uma força própria legitimada preliminarmente por uma concepção que coloca o poder administrativo na origem dos processos jurisdicionais que lhe concernem, se concretizará com a demolição da trama conceitual construída por Otto Mayer com os conceitos de reserva e primazia da lei (SORDI, 1987, p. 164).

3 Conclusão

Em que pese o conceito de princípio da legalidade administrativa ter alcançado atualmente lugar próprio nos textos constitucionais, diferentemente do que se observa no surgimento do Direito Administrativo e na fase da "*Gestation*" (BURDEAU, 1995), ainda persiste o esforço da dogmática em compatibilizá-lo com o Estado Constitucional.

Esse esforço parece encontrar na reconfiguração da vinculação jurídica da Administração Pública ao Direito um limite sensível ao modelo de separação de poderes desenvolvido pela dogmática do direito administrativo e seu entrelaçamento com a forma democrática de exercício do poder associada à garantia dos direitos fundamentais.

A racionalidade administrativa fez uso do mito da submissão legal para enfrentar os poderes “naturais” na disputa pela conquista da ordenação territorial e conseqüentemente para alimentar e sustentar a construção do Estado Liberal na França. Essa conquista seria possível sem este recurso mítico? A dominação tradicional-carismática do Antigo Regime cederia espaço para a dominação racional-legal do projeto revolucionário? Certamente a ruptura desejada valeu-se desse potente recurso para abrir caminhos para mudanças mais profundas naquela sociedade corporativa.

As expectativas em relação ao papel que a lei viria a cumprir no campo relativo às atividades estatais no período da *Gestation* eram evidentemente as de fazer com que o Estado passasse a ser reconhecido como poder soberano ao qual os cidadãos deviam contribuir com impostos, e por meio da mesma lei fazer a gestão comum desses recursos e fiscalizar a sua aplicação.

Há nessa criação do Estado por meio da submissão legal um traço que dificilmente pode ser afastado do princípio da legalidade administrativa sem com que o próprio princípio

deixe de existir. Trata-se da expressão do poder soberano e da crença de que esse poder estrutura-se por mandamentos legais que afastam os poderes naturais tradicionalmente inscritos no cotidiano das comunas, dos cantões e dos departamentos. É a lei, é o parlamento, é o Estado presente em todas as atividades de suas estruturas organizacionais e não mais um comitê revolucionário. É a autoridade estatal e não as garantias individuais a guiar essa construção inicial do princípio da legalidade administrativa.

A construção germânica do segundo modelo tipológico do princípio da legalidade administrativa não é marcada pela ruptura, mas pela continuidade do poder por meio da monarquia constitucional. A doutrina do Estado de Direito surge como conceito a garantir a tutela da liberdade pelo Estado, a limitação da ação governamental e a conformidade legal dos atos praticados pelo poder executivo.

A fórmula liberal do Estado de Direito e o conceito de legalidade administrativa enfrentarão, contudo, a inflexão da defesa da legitimidade além da lei e o importante debate da autolimitação do poder por meio da definição do espaço institucional da justiça administrativa. De Estado de Direito a Direito do Estado, a individualidade liberal enfrenta o corporativismo secular de principados e impérios.

Autoridade do Estado e liberdade dos indivíduos, eis a chave de leitura para esse modelo tipológico do conceito de princípio da legalidade administrativa. Uma liberdade sob a autoridade do Estado traçada pela pureza dogmática do direito público e reforçada pelo formalismo jurídico, num processo de cientificização a conferir mais poder aos juristas do que aos legisladores e aos juízes. Novamente e ao Estado que se dirige a formulação do conceito de legalidade administrativa e não aos cidadãos, no caso específico do século XIX na Alemanha, aos súditos.

A transição constitucional do modelo, porém, chega com uma renovação dogmática que eleva a preferência da lei e a reserva legal ao status de garantia contra o exercício do poder administrativo do Estado. O Estado de Direito é reconfigurado pela dogmática jurídica da virada do século XX e sua forma constitucional começa a ganhar traços mais nítidos com o normativismo kelseniano.

Os dois modelos tipológicos abordados nas linhas anteriores oferecem à reflexão teórica e dogmática elementos necessários para a compreensão do conceito de legalidade administrativa em duas experiências históricas de construção e afirmação do Estado Liberal de modo a que o conceito seja percebido como relacionado a uma situação concreta e única de cada uma das experiências. A trajetória francesa e alemã demonstram que a legalidade administrativa é, ao mesmo tempo, diacrônica e sincrônica. E que o conceito do qual se

pretende fazer uma história tem em si várias histórias a depender onde foi pensado, falado ou expressado.

4 Referências

- BASSI, Nicola. *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*. Milano: Giuffrè, 2001.
- BURDEAU, François. *Historie du droit administratif*. Paris: PUF, 1995.
- DIEZ DEL CORRAL, Luis. *El liberalismo doctrinario*. 4º ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- EHRARDT SOARES, Rogério. Princípio da legalidade e administração constitutiva. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, LVII (1981).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Tomo I. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1981.
- GODECHOT, Jacques (Comp.). *Les constitutions de la France depuis 1789*. Paris: Gf Flammarion, 2006.
- _____. *Les institutions de la France sous la Revolution et l'Empire*. 5ª ed. Paris: PUF, 1998.
- JOUANJAN, Olivier. *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*. Paris: PUF, 2005.
- GOZZI, Gustavo. *Democrazia e diritti: Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*. 3ª ed. Roma-Bari: Laterza, 2003.
- KOSELLECK, Reinhart. Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. **Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, vol. 5, n. 10, 1992, p. 134-146.
- MANNORI, Luca e SORDI, Bernardo. *Storia del diritto amministrativo*. Roma-Bari: Laterza, 2006.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Tomo I. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo Contributo para uma teoria do Estado de Direito - do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Coimbra, 1987.
- 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.
- ROSANVALLON, Pierre. *L'État en France de 1789 à nos jours*. Paris: Seuil, 2004.
- SOBOUL, Albert. **História da revolução francesa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.
- SORDI, Bernardo. *Tra Weimar e Vienna: amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*. Milano: Giuffrè, 1987.
- _____. *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia: la prospettiva storica* in: **ATTI DEL LIII CONVEGNO DI STUDI DI SCIENZA DELL'AMMINISTRAZIONE**, 53., 2008, Varenna. **IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO CHE CAMBIA**. Milano: Giuffrè, 2008.

SORRENTINO, Federico. *Legalità e delegificazione*. in: PINELLI, Cesare (a cura di). *Amministrazione e Legalità: fonte normative e ordinamenti*. ATTI DEL CONVEGNO - Macerata, 21 e 22 maggio 1999. Milano: Giuffrè, 2000.

STOLLEIS, Michael. *Public law in Germany: 1800-1914*. New York/Oxford: Berghahn Books, 2001.

TOCQUEVILLE, Alex. *O antigo regime e a revolução*. (Os Pensadores). 2ª. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

WOLOCH, Isser. *The new regime: transformations of the french civic order, 1789-1820S*. New York: W. W. Norton & Company, 1994.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil – ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995.