

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA: A NECESSIDADE DE UMA MUDANÇA DE PERSPECTIVA

THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN POSTMODERN SOCIETY: THE NEED FOR
CHANGING THE PERSPECTIVE

Rafael da Silva Santiago
Universidade de Brasília – UnB
ra.fasantiago@hotmail.com

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a necessidade de uma modificação no conteúdo do princípio da legalidade administrativa, um dos preceitos basilares do regime jurídico-administrativo brasileiro. Com isso, ciente de que o Direito Administrativo está inserido em um cenário de efervescentes transformações, impulsionadas pelas reflexões críticas típicas de uma sociedade pós-moderna, será realizado um estudo sobre a concepção tradicional do aludido princípio, seguido de uma abordagem acerca das razões que influenciam uma mudança de perspectiva na compreensão da legalidade administrativa. Assim, o Estado Democrático de Direito, a insuficiência da legalidade e a constitucionalização do Direito Administrativo serão identificados como elementos determinantes para uma releitura do aludido princípio. Ademais, a partir de uma aplicação da tipologia jurídico-prospectiva, será proposta uma expansão no conteúdo do princípio da legalidade, cujo fundamento primeiro deixa de ser a lei para se deslocar para a Constituição, diploma que confere unidade a todo o regime de Direito Público.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo; Princípio da Legalidade; Mudança; Constitucionalização; Regime jurídico-administrativo; Pós-Modernidade

ABSTRACT

This paper discusses the need for changing the content of the principle of legality, one of the most important elements in Brazilian administrative regime. Thus, knowing that the Administrative Law is surrounded by a context of changes moved by critical reflections of a postmodern society, a study about the traditional conception of the principle will be done, followed by an analysis about the reasons that influence a new understanding of legality. Therefore, the democratic state of law, the insufficiency of legality and the constitutionalization of Administrative Law will be identified as the main elements in the reinterpretation of the principle. Moreover, from the legal-prospective typology, it will be proposed an expansion of the principle of legality, whose first foundation is no longer the law, but the Constitution, mechanism that gives unity to the administrative regime.

KEYWORDS: Administrative Law; Principle of Legality; Change; Constitutionalization; Administrative Regime; Postmodernity

INTRODUÇÃO

O princípio da legalidade é um dos postulados fundamentais do regime jurídico-administrativo. Com incidência obrigatória quando da realização do agir administrativo, seu conteúdo abrange praticamente todos os atos praticados pela Administração Pública, condicionando a manifestação da vontade estatal à estrita observância da manifestação da vontade geral, isto é, da lei.

Sendo assim, a partir do consagrado paradigma tradicional da legalidade administrativa, é impositivo que a Administração limite-se à realização de condutas infralegais, consubstanciadas na expedição de comandos complementares à lei, que, em termos de sua autorização ou determinação, visam a realizar o detalhamento necessário para a sua fiel execução.

Entretanto, no contexto de uma sociedade pós-moderna¹, delineada, pois, por elementos de reflexões críticas a respeito da insuficiência dos paradigmas desenvolvidos e instituídos pela modernidade ocidental (BITTAR, 2008, p. 131), o Direito Administrativo, como já destacado por alguns doutrinadores desde o final da Segunda Guerra Mundial (MOREIRA NETO, 2005, p. 01), vem enfrentado um período de significativas mudanças, o que afeta, diretamente, as regras, os princípios e os valores consagrados pelo regime jurídico-administrativo.

Com efeito, torna-se necessária a exata compreensão das consequências desse movimento nos preceitos que integram o aludido regime de Direito Público, dentre os quais o próprio princípio da legalidade administrativa, objeto do presente trabalho.

Como justificativa para tanto, tem-se a imprescindibilidade de uma aplicação adequada do referido princípio, que esteja em sintonia com as reflexões críticas consolidadas em face da tábua axiológica do ordenamento jurídico e da Constituição, mecanismo unificador de todo o sistema.

A partir dessa premissa, faz-se mister realizar um estudo detalhado acerca do princípio da legalidade administrativa, identificando o seu conteúdo tradicional, que assume o *status* de paradigma a ser combatido pelas orientações do presente trabalho.

¹ No que se refere à conceituação do termo “pós-modernidade”, vale destacar que, de acordo com os ensinamentos do professor Eduardo Carlos Bianca Bittar (2008, p. 131), “[...] A expressão é polêmica e não gera unanimidades, assim como seu uso não somente é contestado como também se associa a diversas reações ou a concepções divergentes. A literatura a respeito do tema é pródiga, mas as interpretações do fenômeno são as mais divergentes [...]”. A despeito de toda essa discussão, para o presente trabalho se mostra suficiente identificar, apenas, a primeira característica da pós-modernidade (BITTAR, 2008, p. 132), que é justamente a incapacidade de gerar consensos. Em resumo, fala-se, portanto, de uma sociedade contemporânea que seja objeto e, ao mesmo tempo, protagonista de um processo de modificações.

Ademais, serão propostas as razões para uma mudança de perspectiva no entendimento do princípio, demonstrando que (i) a divergência entre momento histórico de sua criação e o momento contemporâneo do Estado Democrático de Direito, (ii) a insuficiência da legalidade estrita e (iii) o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo demandam a construção de um novo conteúdo para a legalidade administrativa.

Assim, por meio do desenvolvimento de uma concepção condizente com o rol axiológico da sociedade pós-moderna, busca-se estabelecer o âmbito de incidência do princípio da legalidade, consolidando a necessidade de sua nova perspectiva no regime jurídico-administrativo contemporâneo.

1 ENTENDENDO OS PRINCIPAIS PARADIGMAS

É cediça a constatação de que o Direito se apresenta como um campo altamente propício à construção de vários entendimentos acerca de uma mesma temática, notadamente como consequência do próprio processo de interpretação de suas normas e institutos, o qual, por não se revestir de natureza puramente mecanicista, possibilita o constante surgimento de novas e diversas perspectivas referentes ao seu objeto.

Sendo assim, faz-se mister estabelecer quais os principais paradigmas que fundamentam o desenvolvimento do presente trabalho, delimitando a incidência das proposições formuladas no âmbito do regime jurídico-administrativo.

1.1 Paradigma utilizado: princípios e regras como normas do regime de direito público

Em relação ao significado das normas no regime jurídico-administrativo, deve-se constatar que o ordenamento é dotado de duas espécies de normas jurídicas: (i) as regras e (ii) os princípios (SUNDFELD, 2008, p. 145). Nada mais óbvio, vez que o Direito, assim como o Direito Administrativo, vem sendo modernamente considerado como um sistema aberto de princípios e regras – destacando-se, sobre o tema, os ensinamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy (CARVALHO FILHO, 2012, p. 18-19).

Os princípios, no âmbito do Direito Administrativo, são postulados fundamentais que guiam o modo de agir do Estado no exercício de atividades administrativas (CARVALHO FILHO, 2012, p. 18). Além disso, são verdadeiras normas jurídicas, dotados, portanto, de

valor normativo, devendo influenciar diretamente a solução de problemas jurídicos concretos (SUNDFELD, 2008, p. 145).

Ressalte-se que, quanto ao posicionamento das regras e dos princípios no ordenamento jurídico, estes podem ser entendidos, inclusive, como normas de hierarquia superior à das regras, as quais não podem contrariá-los, pelo fato de os princípios delimitarem o seu sentido e alcance, sob pena de desrespeitar a harmonia da própria ordem jurídica (SUNDFELD, 2008, p. 146).

Com efeito, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 959, grifo nosso) ensina que:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais [...].

Por sua vez, as regras também são normas jurídicas, pelo fato de estabelecerem o que deve ser. Um dos elementos para a sua diferenciação dos princípios, os quais têm grau de generalidade relativamente alto, consubstancia-se na verificação de que elas são dotadas de um nível relativamente baixo de generalidade (ALEXY, 1993, p. 83).

Desse modo, um conceito adequado de regra de direito pode ser muito bem definido por meio dos ensinamentos de Robert Alexy (1993, p. 87, grifo nosso), no sentido de que:

las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, **las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.** Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.

1.2 Paradigma combatido: princípio da legalidade sob ótica tradicional

Resta amplamente consagrada a constatação de que o princípio da legalidade consiste em um dos mais significantes preceitos do regime jurídico-administrativo. É uma norma jurídica que confere identidade própria ao Estado de Direito, o que, por si só, demonstra a sua especial importância, vez que o Direito Administrativo costuma² ser compreendido como uma consequência desse tipo de Estado (MELLO, 2010, p. 99-100).

A legalidade administrativa pode ser encarada como a diretriz básica das condutas dos agentes da Administração, mesmo porque toda e qualquer atividade administrativa

² Em relação ao surgimento do Direito Administrativo, não obstante essa habitual vinculação da sua origem com o Estado de Direito, o professor Gustavo Binbenbim (2008, p. 01) estabelece que: “[...] Passados dois séculos da sua gênese, é possível constatar que a construção teórica do direito administrativo não se deveu nem ao advento do Estado de direito, nem à afirmação histórica do princípio da separação dos poderes”.

deveria ser autorizada por lei, caso contrário seria ilícita (CARVALHO FILHO, 2012, p. 19). Isso significa que o princípio se revestiria de “[...] uma compostura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada de seus grilhões [...]” (MELLO, 2010, p. 102).

Em relação ao seu conteúdo, Celso Antonio Bandeira de Mello (2010, p. 100) preconiza que o princípio da legalidade representa a consagração da premissa de que a Administração Pública só pode ser desempenhada na conformidade da lei, de modo que a atividade administrativa é dotada de caráter sublegal, infralegal, que se consubstancia na expedição de comandos complementares à lei.

Isso significa que o princípio da legalidade teria como pressuposto a completa submissão da Administração às leis, de modo que o exercício de suas atividades restringir-se-ia à obediência e ao cumprimento dessas normas jurídicas, colocando-as em prática. Dessa forma, a atividade de todos os agentes públicos se encerraria na realização das disposições gerais estabelecidas pelo Poder Legislativo (MELLO, 2010, p. 101).

Cumprir destacar que, no âmbito do Direito Administrativo, a doutrina habitualmente admite a existência de dois princípios da legalidade. O primeiro está inserido no artigo 5º, II da Constituição de 1988 e é apresentado como legalidade do setor privado, cuja compreensão aponta que “[...] nenhum particular pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei” (FURTADO, 2012, p. 83).

Por sua vez, a segunda acepção do princípio da legalidade seria a legalidade administrativa, estatuída pelo *caput* do artigo 37 da *Lex Fundamentalis* e objeto do presente trabalho.

Sobre essa temática, o professor Lucas Rocha Furtado (2012, p. 83) bem resume o posicionamento da doutrina tradicional:

De acordo com a visão tradicional, e dominante em nossa doutrina, a legalidade administrativa, denominada de legalidade restrita, ou estrita, cria a situação de que a Administração Pública somente pode agir se e quando a lei autorizar a atuação. De acordo com essa interpretação dominante, ainda que a atividade estatal não importe em impor qualquer conduta positiva ou negativa de qualquer cidadão, a Administração estaria impedida de agir.

Com efeito, vale destacar que a doutrina tradicional e dominante conferiu ao princípio da legalidade administrativa alcance maior do que o definido no artigo 5º, II do texto constitucional, ainda que o aludido artigo 37, *caput*, sob o qual se fundamenta, tenha tão-somente mencionado a aplicação da legalidade à Administração Pública (FURTADO, 2012, p. 83).

Ademais, a partir da determinação constitucional de que ninguém pode ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa a não ser por força de lei, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 102) preconiza que a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, exceto se estiver previamente fundamentada em certa lei que lhe possibilite impor ou proibir determinada situação a quem quer que seja.

Sendo assim, o ente público não poderia expedir qualquer tipo de ato com o objetivo de restringir a liberdade dos administrados, salvo se alguma lei já tenha descrito a limitação ou imposição que o ato administrativo venha a detalhar (MELLO, 2010, p. 103).

2 RAZÕES PARA UMA NOVA CONCEPÇÃO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

É possível concluir-se que, ao longo dos últimos anos, o Direito Administrativo vem trocando de feição (DI PIETRO, 2006, p. 22). Assim, diversas transformações vêm resultando na modificação das relações entre o direito público e o privado³, de forma a tornar manifesta a necessidade do estudo da nova função que a Administração foi levada a adotar em relação à política e à sociedade (MOREIRA NETO, 2008, p. 01).

Cumprindo mencionar que o referido Direito enfrentou e continua enfrentando diversas mutações em seu conteúdo, implicando a construção de um novo Direito Administrativo, que se originou – e ainda está se definindo – no âmbito de modificações e transformações que surpreendem pela rapidez e profundidade (MOREIRA NETO, 2005, p. 01).

Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2008, p. 02) afirma que o Direito Administrativo:

[...] registra com clareza essas notáveis mudanças, muito embora aqueles antigos mitos, que caracterizaram seu passado autoritário, ainda hoje sobrevivam por inércia, comodismo ou ideologia, reclamando de nossos juristas, nossos juízes e nossos operadores do direito em geral, um vigoroso reconhecimento e afirmação dos novos paradigmas que o reconciliam com os valores do Estado Democrático de Direito.

Assim, com o intuito de concretizar a nova missão do Direito Administrativo, orientada pela “[...] afirmação do império dos *valores* sobre quaisquer outros interesses [...]”

³ Nesse sentido, o professor Gustavo Binenbojm (2008, p. 06) bem afirma que: “[...] Nada obstante, as transformações por que passou o Estado moderno, desde a ascensão do Estado providência até o seu colapso, verificado nas últimas décadas do século XX, assim como a emergência do Estado democrático de direito, agravaram o descompasso entre as velhas categorias e as reais necessidades e expectativas das sociedades contemporâneas em relação à Administração Pública”.

(MOREIRA NETO, 2005, p. 17), torna-se necessário desmistificar⁴ a crença irrestrita na legalidade estrita, sobretudo em virtude de razões relacionadas com (i) a divergência entre o momento histórico de sua criação e o momento contemporâneo do Estado Democrático de Direito, (ii) a insuficiência da legalidade e (iii) a constitucionalização do Direito Administrativo.

2.1 Momento histórico e momento contemporâneo: Estado Democrático de Direito

Como já mencionado anteriormente, marcante é a relação do princípio da legalidade com o reconhecimento de um Estado de Direito. Tanto é assim que José dos Santos Carvalho Filho (2012, p. 20) preconiza que, consagrado após séculos de evolução política, o aludido princípio tem por origem mais próxima o surgimento do Estado de Direito, isto é, do Estado que deve respeitar os próprios comandos legais que edita.

Além disso, é possível afirmar que, ao lado do controle judicial da Administração Pública e da proteção ao direito de propriedade, a legalidade configura uma das principais conquistas do Estado de Direito (FURTADO, 2012, p. 83).

A partir de uma perspectiva histórica do princípio da legalidade administrativa, na fase inicial do Estado de Direito, conhecida como o período do liberalismo, a legalidade aplicava-se apenas para a proteção das liberdades individuais. Esse momento foi marcado pela aplicação da doutrina da vinculação negativa, de forma que a Administração poderia fazer tudo o que a lei não proibisse (DI PIETRO, 2007, p. 02).

Com o decorrer do tempo, a legalidade passou a abarcar todas as atividades da Administração Pública, consagrando-se a doutrina da vinculação positiva. Assim, a Administração apenas poderia fazer o que a lei determinasse (DI PIETRO, 2007, p. 02).

No período em que a lei era entendida mediante a ótica do positivismo jurídico, dentro de um sistema lógico-jurídico, desvestida de qualquer conteúdo axiológico, à Administração cabia apenas observar a lei em sentido formal (DI PIETRO, 2007, p. 02-03).

No entanto, o princípio da legalidade evoluiu. E sua evolução notadamente se relaciona com o crescimento das atividades do Estado, no período denominado de Estado Social de Direito, marcado pelo fortalecimento do Poder Executivo, que ganhou função

⁴ Quanto à mitificação do princípio da legalidade, o professor Gustavo Binbenbim (2008, p. 01, grifo nosso) preconiza que: “a ideia de uma origem liberal e garantística do direito administrativo, **forjada a partir de uma milagrosa submissão da burocracia estatal à lei** e aos direitos individuais, **não passa de um mito [...]**”.

normativa a ser exercida por meio de regulamentos autônomos, leis delegadas, decretos-leis, medidas provisórias etc (DI PIETRO, 2007, p. 03).

Com isso, o referido princípio foi alvo de dois tipos de expansão: passou (i) a abarcar, também, os atos normativos editados pelo Poder Executivo e (ii) a vincular a totalidade das atividades da Administração Pública. Contudo, vale destacar que tanto as leis quanto os atos normativos eram analisados a partir de seu aspecto puramente formal, não tendo, o seu conteúdo de justiça, qualquer relevância (DI PIETRO, 2007, p. 03).

Porém, no momento em que considerações axiológicas foram acrescentadas à lei formal – resultado do surgimento do Estado Democrático de Direito – o princípio da legalidade, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 03), sofre mais uma expansão em seu conteúdo:

[...] Desse modo, hoje, falar em princípio da legalidade significa abranger não só a lei, em sentido formal, mas todos os valores e princípios contidos implícita ou explicitamente no ordenamento jurídico. Esta é uma ideia inerente ao próprio conceito de Estado Democrático de Direito, adotado no ordenamento jurídico brasileiro a partir do Preâmbulo da Constituição [de 1988] e em seu artigo 1º.

Assim, como decorrência desse tipo de Estado, é necessária a vinculação da lei aos ideais de justiça, submetendo-se “[...] o Estado ao Direito e não à lei em sentido puramente formal [...]” (DI PIETRO, 2006, p. 20). Ressalte-se que essa vinculação se faz necessária tendo em vista o sentimento de Constituição e de justiça ser o único capaz de, adequadamente, garantir consistência à ordem jurídica de um Estado Democrático de Direito (NETTO CARVALHO, 2004, p. 43).

A sistematização dos poderes, deveres e das competências da Administração Pública, então, passa a ser delineada a partir dos elementos constitucionais pertinentes, com relevante destaque para o sistema de direitos fundamentais e para as normas características do regime democrático, em termos de sua posição axiológica, de afirmação de valores, no contexto do Estado Democrático de Direito (BINENBOJM, 2008, p. 15).

Desse modo, a submissão preconizada pelo Estado Democrático de Direito representa uma verdadeira observância dos valores e princípios que estão no alicerce do ordenamento jurídico e que integram o preâmbulo da *Lex Fundamentalis*. Essa constatação gera grande impacto na concepção do próprio princípio da legalidade, como bem ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 20, grifo nosso):

[...] Isto teve grande reflexo sobre a própria compreensão do *princípio da legalidade*, pois ele **passou a abranger não apenas o direito positivo, como também todos os valores e princípios acolhidos pelo ordenamento jurídico. Hoje, quando se fala que o Estado, pelos seus três Poderes, está sujeito ao princípio da legalidade, é nesse sentido mais amplo que há de ser entendido.**

Vale ressaltar, também, que o surgimento do Estado providência tem importante papel no processo de desprestígio da lei formal que coloca em xeque o princípio da legalidade administrativa. Isso porque o referido surgimento teve como resultado a criação de novas atribuições para a Administração Pública, que não se encontravam expressamente positivadas nas leis (BINENBOJM, 2008, p. 13).

Isso sem falar no acentuado crescimento do nível de complexidade das relações econômicas e sociais que passaram a exigir uma rápida intervenção e ordenação do Estado, não sendo mais possível admitir a lentidão e a generalidade do processo de criação da legislação formal (BINENBOJM, 2008, p. 13).

2.2 Insuficiência da legalidade

Não há que se negar que uma das fontes principais do Direito Administrativo continua sendo a lei. No entanto, o tão-só conhecimento das leis que regulam as relações jurídicas da Administração Pública não se mostra suficiente para o cumprimento dos objetivos e finalidades do Estado brasileiro e para a concretização de uma vida com dignidade (MOTTA, 2011, p. 06).

Nesse sentido, todos os acontecimentos que envolvam a Administração Pública ganham dimensão superior à estrita observância de uma legalidade tradicional, notadamente quando se leva em consideração a grandeza da relação existente entre o Estado e a cidadania, a partir da perspectiva do papel dos princípios na moderna concepção do Direito (MOTTA, 2011, p. 06).

Desse modo, à luz dos postulados do Estado Democrático de Direito, não basta que o Estado se submeta ao Direito resumido pelas leis, que é o seu próprio produto. “[...] É necessário que estas leis se submetam ao Direito, que é produto da sociedade.” (MOREIRA NETO, 2005, p. 12).

Com efeito, a aplicação das regras não deve ser realizada de forma isolada, mas em conjunto com todo ordenamento, considerando, pois, as demais normas jurídicas co-existentes no sistema. É insuficiente e inadequada a aplicação exclusiva de uma regra, sem a conseqüente aplicação de todo o Direito (SUNDFELD, 2008, p. 149).

Destarte, o princípio da legalidade não é a única norma jurídica que regula a atividade administrativa. Além disso, não se concebe qualquer tipo de superioridade ou hierarquia entre os princípios, de forma que o referido preceito se coloca, no regime de direito público, como mais uma norma jurídica aplicável à Administração Pública. Afinal de contas,

“[...] lei não é necessariamente sinônimo de Direito. Direito necessariamente não é sinônimo de lei” (MOTTA, 2011, p. 06).

Ademais, vale destacar que, em face de seu caráter insuficiente perante as diversas situações da vida em sociedade que demandam a adequada regulação pelo Direito, a crença irrestrita na legalidade acaba por ocasionar efeito contrário ao almejado pela sua adoção: um marcante sentimento de insegurança jurídica.

Isso porque deixar de lado os direitos, por intermédio da simplificação de uma situação de aplicação de normas jurídicas, de modo a, puramente, ignorar direitos dos envolvidos por se utilizar como base a questão da ótica de um único princípio aplicado ao modo do tudo ou nada, resulta na subversão do próprio valor da segurança jurídica que se almejava assegurar (NETTO CARVALHO, 2004, p. 43-44).

Adicione-se a essas constatações o processo, desenvolvido na segunda metade do século XX, de desprestígio progressivo do legislador e de desgaste da lei formal, chamado de crise da lei. Esse período é marcado, dentre outros aspectos, pelo descrédito da lei como resultado da vontade geral, em virtude de sua politização crescente ao arbítrio dos sucessivos governos (BINENBOJM, 2008, p. 13).

Por tudo isso, Luciano Ferraz, em obra organizada por Carlos Pinto Coelho Motta (2011, p. 06, grifo nosso) afirma se mostrar:

[...] superada a perspectiva de que a atividade legislativa é pressuposto à atuação da Administração Pública: na Administração Pública é possível fazer não só o que a lei autoriza, mas também o que o Direito (conjunto de princípios e regras[...]) permite. **É que administrar em tempos modernos é tarefa mais complexa do que simplesmente aplicar a lei *ex officio*. É realizar direitos fundamentais em plenitude e garanti-los em face dos inevitáveis arbítrios do poder, seja quem for o seu exercente.**

2.3 Constitucionalização do Direito Administrativo

A vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais, ao princípio da tutela judicial e ao próprio princípio da legalidade torna inevitável a aproximação entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional. Mesmo porque o núcleo do Direito Administrativo é integrado por normas de natureza constitucional que estabelecem o exercício da atividade administrativa do Estado (FURTADO, 2012, p. 38-39).

Especificamente quanto ao princípio da legalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 101) ensina que, em cada país, o seu conteúdo orienta-se de acordo com a feição atribuída pelo respectivo Direito Constitucional. Nada mais obvio, tendo em vista a tendência

atual de unificação do sistema, que passa a encontrar o seu rol axiológico no texto da *Lex Fundamentalis*.

No entanto, retornando ao caráter geral da relação entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, é importantíssimo mencionar a grande influência do movimento de constitucionalização do Direito Administrativo no processo de releitura de diversos elementos do regime de direito público, dentre os quais o próprio princípio da legalidade.

No cenário de mudanças pelo qual passa o Direito Administrativo, Gustavo Binembojm (2008, p. 06) assinala quatro de seus paradigmas clássicos que marcaram o sistema normativo brasileiro, mas que se encontram em latente questionamento. Dentre eles, o autor elenca o princípio da legalidade como vinculação à lei positiva:

[...] traduzida numa suposta submissão total do *agir administrativo* à vontade previamente manifestada pelo Poder Legislativo. Tal paradigma costuma ser sintetizado na negação formal de qualquer vontade autônoma aos órgãos administrativos, que só estariam autorizados a agir de acordo com o que a lei rigidamente prescrevesse ou facultasse. (BINENBOJM, 2008, p. 06)

O mecanismo que conduz a superação dos aludidos paradigmas clássicos e da legalidade como vinculação irrestrita ao direito positivo é a ideia de constitucionalização do Direito Administrativo, por intermédio da adoção do sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático como verdadeiros instrumentos axiológicos – reunidos em princípios e regras constitucionais – que fundamentam a atuação da Administração Pública (BINENBOJM, 2008, p. 07).

Assim, dentre outras consequências, a referida constitucionalização significa que “[...] a Constituição, e não mais a lei, passa a situar-se no cerne da vinculação administrativa à juridicidade” (BINENBOJM, 2008, p. 07), em uma clara superação da ótica tradicional do princípio da legalidade administrativa.

Isso significa que a *Lex Fundamentalis* passa a funcionar como diretriz normativa legitimadora das novas categorias do Direito Administrativo, atuando como verdadeiro elemento propulsor na tarefa de desconstrução dos antigos paradigmas e de proposição de novos, de maneira que as feições jurídicas da Administração Pública passam a encontrar fundamento na própria estrutura do texto constitucional (BINENBOJM, 2008, p. 08).

Ademais, um dos efeitos da constitucionalização de um ramo do Direito consiste na simplificação da ordem jurídica, porquanto recoloca a Constituição como norma de referência do sistema normativo. Assim, o cerne essencial do Direito Administrativo deixa de ser a lei e passa a ser o diploma constitucional (SILVA, 2011, p. 49).

Uma vez que a Constituição vem se consolidando como a norma de referência do Direito Administrativo, os princípios e regras do regime de Direito Público devem ser objeto de um necessário processo de releitura, adequando-se aos postulados fundamentais de aplicação e interpretação constitucional. Nesse contexto, assumem especial relevância os preceitos de hermenêutica constitucional.

Ora, uma releitura significa, em verdade, uma reinterpretação. É preciso reinterpretar a aplicação de princípios e de regras de Direito Administrativo de acordo com o seu fundamento de validade, que é a *Lex Fundamentalis*. Assim, os preceitos de hermenêutica constitucional assumem o *status* de protagonista no processo de releitura dos institutos e normas administrativas. Essa constatação se mostra extremamente relevante quando da análise da nova concepção do princípio da legalidade.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 102) é claro e preciso ao asseverar que, no Brasil, a legalidade encontra fundamento no sistema constitucional como um todo.

Muito embora seus ensinamentos, como já mencionado, não levem em consideração o movimento de constitucionalização do Direito Administrativo e de adoção de um novo conteúdo para a legalidade administrativa, essa constatação, por si só, já tem o condão de afastar e de deslegitimar toda e qualquer pretensão de se aplicar o aludido princípio sob a ótica tradicional.

Cumprir mencionar que, à luz da interpretação constitucional, o princípio da unidade da Constituição como princípio da hermenêutica estabelece que a *Lex Fundamentalis* deve ser interpretada de modo a impedir contradições entre as suas normas. Esse princípio obriga o intérprete a considerá-la na sua globalidade e a procurar harmonizar as aparentes incompatibilidades entre as normas constitucionais (CANOTILHO, 1993, p. 226).

Com efeito, toda e qualquer interpretação da Constituição deve considerar os seus dispositivos não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados em um sistema interno unitário de regras e princípios (CANOTILHO, 1993, p. 227), o qual influencia diretamente a releitura do princípio da legalidade.

Destarte, uma concepção adequada da legalidade administrativa deve compreendê-la como uma norma jurídica inserida em um sistema unitário composto por uma série de outras regras, princípios e valores estabelecidos pela Constituição. Desse modo, a vinculação imediata da atuação administrativa não tem mais como ponto de referência o direito positivo, mas, sim, as normas jurídicas de natureza constitucional.

É verdade que, de acordo com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 103), o texto constitucional, em seu artigo 84, IV, orienta-se no sentido de que mesmo os decretos – os atos mais notáveis do Chefe do Poder Executivo – só deveriam ser produzidos como mecanismos voltados para uma fiel execução da lei. No entanto, essa é uma análise isolada da Constituição, incompatível com a hermenêutica constitucional e com o seu rol axiológico.

Isso porque a *Lex Fundamental* orienta-se, também, pelo sistema de concretização e aplicação imediata de direitos fundamentais (artigo 5º, § 1º), pelo princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), pelos princípios característicos de um Estado Democrático de Direito (artigo 1º, *caput*), pelos postulados de um Estado responsável pela existência social de seus indivíduos (artigo 6º, *caput*) e por várias outras regras, princípios e valores que impõem uma verdadeira transformação do conteúdo do princípio da legalidade, possibilitando a indispensável adequação da Administração Pública aos anseios e necessidades da sociedade pós-moderna.

3 CONTEÚDO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA

De início, vale mencionar os ensinamentos do professor Lucas Rocha Furtado (2012, p. 84, grifo nosso) acerca do agir administrativo:

No amplo campo das atividades prestacionais (saúde, educação, trabalho, lazer, proteção à maternidade ou à infância), o Estado não atua por meio de atos que importem em qualquer tipo de imposição unilateral de vontade. **Exigir que cada programa de governo, que cada ato praticado ou atividade desenvolvida tenham sido detalhadamente disciplinados por meio de lei se trata de equívoco acerca da interpretação do princípio da legalidade.**

Essa visão demasiadamente restritiva da legalidade administrativa, mencionada pelo autor, pode ser justificada em situações de exceção democrática, em que falte legitimidade ao Poder Executivo. No entanto, essa não é a realidade dos dias atuais, marcada pela legitimação no voto popular do aludido Poder, nele se creditando maior agilidade para concretizar as novas necessidades dos administrados (FURTADO, 2012, p. 84).

Nesse contexto, faz-se mister uma verdadeira inversão de perspectivas. Não se deve suscitar apenas a atuação do Estado como forma de restrição de liberdade dos administrados. Pelo contrário, é necessário ponderar a respeito da atuação estatal voltada para a concretização de direitos – em especial, de direitos fundamentais – permitindo a superação da rigidez extrema do princípio da legalidade.

Não se pode mais defender o entendimento de que a Administração Pública se limita à expedição de comandos complementares à lei. É imprescindível modificar-se tal premissa, no sentido de que a atuação administrativa se consubstancie na expedição de comandos em conformidade – portanto, não complementares – com as normas jurídicas – isto é, com as regras e princípios de direito.

Aceitar esse conteúdo restritivo do princípio da legalidade administrativa significa que a Administração Pública apenas poderia realizar seus atos quando a lei a ordenasse. Desse modo, “[...] haveria uma paralisação, por necessidade de uma regra específica para cada medida administrativa a ser adotada.” (MOTTA, 2011, p. 12).

Frise-se que a atuação da Administração não pode se restringir, apenas, ao nível infralegal, mediante uma completa submissão às leis, limitando-se à sua obediência e ao seu cumprimento. Admitir isso significa reconhecer aos princípios função marginalizada, incompatível com a atual conjuntura do direito contemporâneo, que os considera como verdadeiras normas jurídicas, dotados, pois, de força normativa.

Portanto, da mesma forma que ao juiz, para concretizar justiça em suas decisões, é imprescindível que o ordenamento jurídico se traduza não por intermédio de apenas uma única regra integrante de um todo (NETTO CARVALHO, 2004, p. 40), ao administrador, para concretizar direitos fundamentais, é necessário que o ordenamento jurídico não se limite à expedição de comandos complementares à lei, levando-se em consideração uma única lei integrante de um todo.

É necessário – tanto para o juiz quanto para o administrador – que o ordenamento se apresente em sua integralidade, “[...] como um mar revolto de normas em permanente tensão concorrendo entre si para regerem situações [...]” (NETTO CARVALHO, 2004, p. 40)⁵.

Em outras palavras, faz-se mister uma expansão do conteúdo da legalidade, para que a atuação da Administração não se limite a fazer o que a lei – uma regra de direito perante outras várias normas jurídicas – determine ou autorize. Pelo contrário, os atos da Administração devem ser compatíveis com todas as normas jurídicas, de maneira que sua atuação se mostre legítima – e necessária – quando não proibida pelo direito, isto é, por todas as normas jurídicas, porque em conformidade com elas.

Como a Administração deve praticar atos em conformidade com todo o direito, duas constatações se revestem de grande relevância.

⁵ Cumpre destacar que os ensinamentos originais do autor se referem, apenas, à atuação do juiz na solução de conflitos sociais.

A primeira se refere à especial importância do texto constitucional, sobretudo em virtude do já mencionado fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, que se insere em um recente movimento doutrinário que objetiva estabelecer uma nova perspectiva do Direito Administrativo, à luz dos ditames que informam e sistematizam a Constituição (MONTEIRO; CASTRO, 2009, p. 65).

Vale lembrar que, em face da constitucionalização do Direito Administrativo, a lei deixa de ser o fundamento de validade único e último dos atos da Administração, de modo que:

[...] a análise da validade dos atos e contratos administrativos celebrados pela Administração Pública não mais se limitaria à verificação da existência de norma permissiva, devendo-se, antes de mais nada, levar em consideração o fato de a conduta do administrador público estar ou não em consonância com o sistema normativo criado pela Constituição Federal. (MONTEIRO; CASTRO, 2009, p. 65)

Nesse sentido, é adequado o posicionamento do professor Gustavo Binbenjacob, cujo fundamento se assenta na constatação de que a Constituição, seus princípios e seu sistema de direitos fundamentais devem ser o ponto de unidade de todo o regime jurídico-administrativo. Portanto, “[...] 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” (BINENBOJAC, 2008, p. 14, grifo nosso).

Desse modo, em face dessa superação do dogma da imprescindibilidade da lei como intermediadora da relação entre a *Lex Fundamentalis* e a Administração Pública, o paradigma adequado para o regime de Direito Público se assenta na Constituição como fundamento primeiro⁶ da atuação administrativa (BINENBOJAC, 2008, p. 14), definidora, pois, de verdadeiras competências administrativas.

Por sua vez, pode-se afirmar que uma interpretação adequada do princípio da legalidade deve reconhecer a Administração Pública como destinatária direta do artigo 5º, II da Constituição.

Isso significa que o ente público pode atuar quando não proibido pelas normas jurídicas, isto é, em conformidade com o direito, e, em geral⁷, desde que a sua atuação não

⁶ Vale destacar o ensinamento de Gustavo Binbenjacob (2008, p. 15), no sentido de que “[...] 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”.

⁷ Não se pode perder de vista que, em sintonia com a teoria da Constituição, não é possível levar a cabo dispositivo constitucional isolado. Sendo assim, um artigo da Constituição, sob o fundamento do princípio hermenêutico da unidade, deve ser interpretado como parte de um todo, harmonizando-se os preceitos principiológicos e axiológicos que informam a ordem constitucional. Assim, diante do caso concreto, é possível que a norma prevista no artigo 5º, II da *Lex Fundamentalis* tenha, com base no princípio hermenêutico da concordância prática, sua aplicação relativizada para se concretizar outros direitos estabelecidos na Constituição.

resulte em obrigação de fazer ou deixar de fazer aos administrados, visto que, nos termos do aludido dispositivo constitucional, apenas lei pode trazer tal resultado.

Nesse sentido, Lucas Rocha Furtado (2012, p. 84) ensina que quando a Constituição estabelece que ninguém é obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa, a não ser em virtude de lei, “[...] ela dirige o postulado tanto aos particulares quanto ao Estado [...]”.

O particular não pode ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, vez que apenas por intermédio da lei formal, aprovada pelo Parlamento, o Estado pode exigir algo do administrado, determinando-lhe o dever de agir ou de se abster de fazer algo (FURTADO, 2012, p. 84).

Com efeito, Lucas Rocha Furtado (2012, p. 84) preconiza que:

[...] Se existe órgão ou entidade administrativa dotado de competência genérica para desenvolver atividades administrativas, não é necessário que seja aprovada lei que trate especificamente de cada ato ou atividade a ser desenvolvida por essas unidades, salvo se esse ato ou essa atividade administrativa impuser ao particular a obrigação de fazer ou de deixar de fazer algo.

Essa é a essência da mudança de perspectiva do princípio da legalidade, adotando-se uma visão mais adequada, porquanto expanda a possibilidade de atuação da Administração Pública à proporção da expansão das necessidades da coletividade – as quais, em geral, por determinação constitucional, devem ser por ela concretizadas.

Portanto, a mudança de perspectiva da legalidade administrativa significa que os atos da Administração, em havendo competência constitucional, vez que a Lei Maior é o fundamento primeiro do agir administrativo: (i) devem estar diretamente vinculados a todo o Direito, notadamente em conformidade com os princípios e regras do diploma constitucional, elemento unificador de todo o sistema; e (ii) podem ser praticados pela Administração quando não proibido pelas normas jurídicas e, em geral, desde que não importem em obrigação de fazer ou de não fazer aos administrados, hipótese em que, em virtude do próprio texto constitucional, é necessário lei em sentido formal.

Além disso, cumpre ressaltar que a adoção de uma perspectiva moderna do princípio da legalidade não significa ir de encontro à sua concepção natural. Pelo contrário, trata-se, apenas, da expansão de seu conteúdo.

Com isso, a premissa moderna de que a Administração Pública pode atuar quando não proibido pelas normas jurídicas, abrange o tradicional conteúdo da legalidade, pois a Administração não poderia restringir as liberdades do administrado quando proibido pelo ordenamento jurídico.

Mesmo porque, a já mencionada constatação de que o Estado só pode impor obrigações ou realizar proibições mediante fundamentação legal, por si só, é suficiente para retirar a validade de atos normativos estatais que, sem fundamento em lei e sem autorização constitucional, preceituem limitações à liberdade e à propriedade dos administrados, especialmente no que se refere aos direitos fundamentais (MOTTA, 2011, p. 13).

Vale ressaltar, por fim, que, em se admitindo que a Administração Pública, sob o fundamento de uma competência constitucional, pode fazer tudo o que não é proibido pelas normas jurídicas, não se está retirando, do administrado, a garantia da legalidade, da estrita observância da lei, desde que essa seja compatível com os princípios e valores estabelecidos na Constituição.

Com efeito, faz-se mister mencionar a constatação do professor Gustavo Binenbojm (2008, p. 15, grifo nosso) de 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 otimizadora aplicação da Constituição).**

Em verdade, trata-se de um significativo aumento das garantias do administrado, vez que além de atuar observando a lei e as demais normas jurídicas – porque em conformidade com a ordem jurídica – a Administração poderá melhor concretizar seus direitos, em especial aqueles que tenham natureza constitucional, pois poderá atuar sempre que não proibido pelas normas jurídicas, em defesa de uma competência prevista no texto constitucional.

CONCLUSÃO

Entendendo que regime jurídico-administrativo é integrado por princípios e regras, ambos dotados de força normativa, assumindo a qualidade de norma jurídica, viu-se que, com fundamento no artigo 37, *caput*, da Constituição, a legalidade administrativa sob a ótica tradicional se assenta na constatação de que a Administração Pública somente pode agir se e quando a lei autorizar a sua atuação.

Contudo, no contexto de grande transformação nas relações entre o direito público e o privado, em que o Direito Administrativo assume missão orientada pela afirmação do império dos *valores* sobre quaisquer outros interesses, torna-se necessário desmistificar a crença irrestrita na legalidade estrita, sobretudo em virtude de razões relacionadas com (i) a

divergência entre o momento histórico de sua criação e o momento contemporâneo do Estado Democrático de Direito, (ii) a insuficiência da legalidade e (iii) a constitucionalização do Direito Administrativo.

A consolidação do Estado Democrático de Direito impôs a observância dos valores e princípios que estão no alicerce do ordenamento jurídico e que integram o preâmbulo da *Lex Fundamentalis*, gerando grande impacto na concepção do princípio da legalidade. Isso porque o tão-só conhecimento das leis que regulam as relações jurídicas da Administração Pública não se mostra suficiente para o cumprimento dos objetivos e finalidades do Estado brasileiro e para a concretização de uma vida com dignidade.

Por sua vez, faz-se mister ressaltar a notada influência do movimento de constitucionalização do Direito Administrativo no processo de releitura do princípio da legalidade, mediante a adoção do sistema de direitos fundamentais e do sistema democrático como verdadeiros instrumentos axiológicos – reunidos em princípios e regras constitucionais – que fundamentam a atuação da Administração Pública.

Assim, a Constituição, e não mais a lei, passa a situar-se no cerne da vinculação administrativa, de modo que as feições jurídicas da Administração Pública passam a encontrar fundamento na própria estrutura do texto constitucional.

Quanto à concepção da legalidade administrativa no âmbito de uma sociedade pós-moderna, é necessário ponderar, como premissa inicial, sobre a atuação estatal voltada para a concretização de direitos – em especial, de direitos fundamentais – permitindo a superação da rigidez extrema do princípio da legalidade.

Com efeito, a atuação da Administração não pode se restringir, apenas, ao nível infralegal, mediante uma completa submissão às leis, limitando-se à sua obediência e ao seu cumprimento. Pelo contrário, os atos da Administração devem ser compatíveis com todas as normas jurídicas, de maneira que sua atuação se mostre legítima – e necessária – quando não proibida pelo direito, isto é, por todas as normas jurídicas, porque em conformidade com elas.

Destarte, a mudança de perspectiva da legalidade administrativa significa que os atos da Administração, em havendo competência constitucional, vez que a Lei Maior é o fundamento primeiro do agir administrativo: (i) devem estar diretamente vinculados a todo o Direito, notadamente em conformidade com os princípios e regras do diploma constitucional, elemento unificador de todo o sistema; e (ii) podem ser praticados pela Administração quando não proibido pelas normas jurídicas e, em geral, desde que não importem em obrigação de fazer ou de não fazer aos administrados, hipótese em que, em virtude do próprio texto constitucional, é necessária lei em sentido formal.

Em verdade, essa mudança de perspectiva tem como resultado um significativo aumento das garantias do administrado, vez que além de atuar observando a lei e as demais normas jurídicas – porque em conformidade com a ordem jurídica – a Administração poderá melhor concretizar seus direitos, em especial aqueles que tenham natureza constitucional, pois poderá atuar sempre que não proibido pelas normas jurídicas, em defesa de uma competência prevista no texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador. Instituto Brasileiro de Direito Público. n. 13. mar./abr./mai. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 20.07.2012.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós-modernidade. **Revista sequência**. n. 57. p. 131-152. dez. 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina. 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes e; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Direito Tributário e Arbitragem: uma análise da possibilidade e dos óbices ao juízo arbitral em matéria tributária no Brasil. **Revista de Arbitragem e Mediação**. n. 23. p. 60-88. out./dez. 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia. n. 5.

jan./fev./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-5-JANEIRO-2006-MARIA%20SYLVIA%20ZANELLA.pdf>>. Acesso em: 20.07.2012.

_____. Discricionabilidade Técnica e Discricionabilidade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador. Instituto Brasileiro de Direito Público. n. 9. fev./mar./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 20.07.2012.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Ensaio sobre o resultado como novo paradigma do Direito Administrativo. **Direito Administrativo em Debate**. Rio de Janeiro. outubro. 2008. Disponível em: <<http://direitoadministrativoemdebate.wordpress.com>>. Acesso em: 20.07.2012.

_____. Mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia. n. 2. jun./jul./ago. 2005. Disponível em: <<http://direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20.07.2012.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho [coord.]. **Curso prático de direito administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2011.

NETTO CARVALHO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de [coord.]. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos Editora. 2004. p. 25-44.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2008.