

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Alexandre Moreira Pacheco

O SENTIDO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO
BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

Porto Alegre
2023

ALEXANDRE MOREIRA PACHECO

**O SENTIDO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO
BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Fundamentos da Experiência Jurídica

Orientador: Prof. Dr. Rafael Da Cás Maffini.

Porto Alegre
2023

*À minha mãe, que, em todas as batalhas,
sempre esteve ao meu lado, nas trincheiras.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à minha família, por ser sempre o meu porto seguro. Em especial, à minha irmã Bárbara, pelo incondicional apoio. À minha irmã Helena, cujo sorriso e bom humor me motivam a ser uma pessoa melhor. Ao meu pai, pelos ensinamentos e pelas memórias de uma vida mais simples e feliz. Ao meu primo Pedro, fiel cúmplice de minhas aventuras pelo mundo acadêmico, por toda a ajuda e conselhos. Ao Francisco, minha luz nos momentos mais escuros. E à minha mãe, a quem dedico este trabalho, pelo exemplo de bondade, força e perseverança.

Agradeço à minha esposa, Carolina, que, acompanhando-me de perto nesta trajetória, sempre forneceu segura guarida e proteção em suas doces palavras.

Agradeço à Márcia, por me fazer acreditar na nobreza de uma vida sem vícios.

E um especial agradecimento a Rafael Maffini, não apenas pela orientação que tornou possível a realização deste trabalho, mas, especialmente, pelo exemplo de profissional dedicado e competente, exemplo tal que, desde minha formação, serve-me de guia à minha própria estrada.

*Quem quer passar além do Bojador
Tem que passar além da dor
Deu ao mar o perigo e o abismo deu
Mas nele é que espelhou o céu.*
(Fernando Pessoa, Mensagem).

RESUMO

O presente trabalho intenta investigar o sentido que o princípio da legalidade administrativa possui no âmbito do direito administrativo brasileiro contemporâneo, considerando, sobretudo, a forma como se dá sua operabilidade prática. Deseja-se, em tal intento, sustentar que dito princípio apresenta significação polivalente, não unívoca, vez que as normas dele decursivas não restam mais apropriadamente reduzidas a estruturas conceituais que, propugnando uma genérica necessidade de que a Administração Pública observe, na sua atuação, as leis e o Direito, olvidem-se em fornecer um substrato suficientemente coeso à adequada compreensão do mandamento que em si contém. Nesta senda, almejando-se demonstrar o preciso sentido que a legalidade administrativa possui na atualidade do direito público brasileiro, quer-se, outrossim, confrontar premissas agasalhadas por certas tendências teóricas que clamam a releitura e, inclusive, a superação do princípio administrativo da legalidade, mormente, para o cumprimento do desiderato do presente ensaio, a doutrina da juridicidade administrativa. Ademais, investigar-se-á o posicionamento jurídico do princípio da legalidade na ótica da disciplina do controle da Administração Pública.

Palavras-chave: princípio da legalidade administrativa; juridicidade administrativa; controle da Administração Pública.

ABSTRACT

The present work intends to investigate the meaning that the principle of administrative legality has in the context of contemporary Brazilian administrative law, considering, above all, the way in which its practical operability occurs. It is intended, in such an attempt, to sustain that this principle has a polyvalent, non-univocal meaning, since the norms derived from it are no longer appropriately reduced to conceptual structures that, advocating a generic need for the Public Administration to observe, in its action, the laws, forget to provide a sufficiently cohesive substrate for the adequate understanding of the commandment that it contains. In this way, aiming to demonstrate the precise meaning that administrative legality has in Brazilian public law today, the present paper is also intended to confront assumptions wrapped up by certain theoretical trends that call for a re-reading and even a overcoming of the administrative principle of legality, especially, for the fulfillment of the purpose of this essay, the doctrine of administrative legality in a constitutionalist perspective¹. In addition, the legal position of the principle of legality will be investigated from the perspective of the discipline of Public Administration control.

Keywords: principle of administrative legality; administrative legality in a constitutionalist perspective; public administration control.

¹ Não foi possível obter uma tradução fidedigna, para o inglês, da expressão “juridicidade”. Optou-se por conceituá-la, na língua inglesa, como a “doutrina da legalidade em perspectiva constitucionalista”.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO.....	27
1.1. A LEGALIDADE ADMINISTRATIVA “PANO DE FUNDO”: O ORDENAMENTO JURÍDICO MULTIFÁRIO E SUA CORRELAÇÃO QUANTO À APLICABILIDADE PRÁTICA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	31
1.2. O AMPARO JURÍDICO CIRCUNSTANCIALMENTE DELINEADO: A IMPORTÂNCIA DO CASO CONCRETO NA DELINEAÇÃO DO PANO DE FUNDO AO AGIR ADMINISTRATIVO.....	34
1.3. A NECESSIDADE DE QUE O SUPORTE JURÍDICO À ATUAÇÃO DO ESTADO ENCERRE NORMA CONSISTENTE EM PARÂMETRO DE ATUAÇÃO.....	36
1.3.1. PARÂMETRO DE ATUAÇÃO E PARÂMETRO DE CONTROLE: UMA DEMARCAÇÃO DISTINTIVA NECESSÁRIA.....	39
1.4. O SENTIDO POLIVALENTE DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO.....	42
2. O SURGIMENTO DA DOCTRINA DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO: O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM XEQUE?.....	49
2.1. A INSUFICIÊNCIA DA PROPOSTA DE CENTRALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO PARÂMETRO NORMATIVO AFERIDOR DA CONDUTA ADMINISTRATIVA.....	61
2.1.2. A ADVERTÊNCIA DE SUNDFELD E O FENÔMENO DA “SUPERVALORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL”.....	66
2.2. A FALÁCIA DO DISCURSO DA “CRISE DA LEI FORMAL”.....	70
2.3. JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA E DISCRICIONARIEDADE.....	76
2.3.1. A SUBSTITUIÇÃO DO PARADIGMA DA LEGALIDADE PELO DA CONSTITUCIONALIDADE: AUMENTO DA RIGIDEZ VINCULATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?.....	78

3. LEGALIDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE.....	83
3.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E CONTROLE DE LEGALIDADE: ENFRENTAMENTO SEMÂNTICO.....	85
3.2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA IDENTIFICAÇÃO DOS PARÂMETROS JURÍDICOS DE CONTROLE SOBRE A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DO ESTADO.....	90
3.3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA E A POTESTADE ANULATÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O SENTIDO JURÍDICO DA ILEGALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO.....	93
3.3.1. A INEXISTÊNCIA DE UM DEVER ANULATÓRIO PAUTADO DIRETAMENTE NO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA.....	95
3.4. LEGALIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA: A DESMISTIFICAÇÃO DE UM “EMBATE PRINCIPIOLÓGICO”.....	100
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	104
REFERÊNCIAS.....	106

INTRODUÇÃO

Este trabalho propõe-se a investigar os sentidos que o princípio da legalidade possui no âmbito do direito administrativo brasileiro contemporâneo. Diz-se intencionalmente “sentidos”, porquanto se defende que referido princípio não encerra conteúdo, semântica e juridicamente, unívoco² - na atualidade, isso é mais bem percebido; no entanto, vale registrar que mesmo os primórdios do desenvolvimento a respeito da conceituação de dita norma principiológica, dentro da ciência jurídica administrativista brasileira, já sinalizavam essa orientação³ -, como por muito tempo o foi concebido. Ao revés, sustentar-se-á que o princípio da legalidade ostenta significação *polivalente*, argumentando-se que as normas nele contidas jamais restaram reduzidas à mera conformação do agir administrativo ao que convencionalmente se passou a chamar de “*letra da lei*”, ainda que certas projeções dele derivadas exijam tal estrita conformidade⁴. Deseja-se, em última análise, identificar a significação daquilo que se logrou denominar, na academia publicista, de “o sentido da vinculação administrativa ao Direito” (OTERO, 2003, p. 15) – no nosso caso, reiterar-se, ao direito administrativo brasileiro.

O tema, deveras, merece cautelosa revisitação. Poder-se-ia, equivocadamente, pensar que se trate de questão “já batida”, ou mesmo “ultrapassada”. Não é o caso. Elementos basilares do direito administrativo brasileiro vêm sendo, especialmente nas últimas duas décadas, colocados em xeque, dentre eles e, especialmente, o princípio da legalidade. O complexo de fatores que marca a modernidade do Estado reflete-se diretamente no seio da disciplina, desafiando seus conceitos estruturantes, seus supostos “axiomas”, dentre outras questões das mais sensíveis. Destarte, não é nenhum exagero afirmar que o direito administrativo brasileiro se encontra, atualmente, em verdadeira *transformação*⁵. A multiplicidade de entendimentos,

² Afinal, o princípio da legalidade “abrange todo o sistema de proteção de direitos” (CAVALCANTI, 2013, p. 155).

³ Seabra Fagundes, em 1941, já sustentava que “Todas as atividades da Administração Pública são militadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade. O procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei. Mas não basta que tenha sempre por fonte a lei. É preciso, ainda, que se exerça segundo a orientação dela e dentro dos limites nela traçados. Só assim o procedimento da Administração é legítimo” (FAGUNDES, 2010, p. 115). Em 1952, José Saldanha de Gama e Silva propugnava que, “embora limitada a uma função meramente instrumental, a Administração Pública deve ser encarada como um dinamismo de juridicidade e economicidade das atividades públicas” (GAMA E SILVA, 1952, p. 10).

⁴ Se “a teoria do direito administrativo brasileiro não pode mais se assentar no monismo legalista”, isso “não significa que a lei tenha deixado – ou deva deixar – de ser presente” (SUNDFELD, 2017, p. 244). Carlos Ari Sundfeld, destarte, “não nega, claro, que a Administração esteja vinculada à lei, tampouco que existam espaços reservados a ela”, sendo preciso, para ele, “discutir como se dá essa vinculação” (SUNDFELD, 2017, p. 255).

⁵ Afirma Carlos Ari Sundfeld que a “diversidade e a complexidade crescentes do direito administrativo – e mesmo suas oposições internas – vêm do fato de a Administração Pública ter, pouco a pouco, se expandido para todos os lados, especialmente a partir do século XX” (SUNDFELD, 2017, p. 35). Ainda sobre as recentes transformações

muitas vezes entre si divergentes, acerca de seus principais institutos, as propostas de reeleituras principiológicas e constitucionais, o crescimento do policentrismo funcional, a desmistificação juspolítica do modelo clássico de Estado nacional (MOREIRA NETO, 2014, p. 167), dentre outros aspectos, fazem com que o engajamento científico sobre tal ramo jurídico – e sobre a própria legalidade administrativa - afigure-se verdadeira – e árdua - necessidade acadêmica.

Nessa conjuntura – marcada por certa desordem dogmática -, ganhou solo, na academia jurídica brasileira, a doutrina da *juridicidade administrativa*, a qual, importada do direito europeu⁶, vem ganhando importantes adeptos no Brasil. Referida doutrina, no direito administrativo brasileiro, protagonizou – e ainda protagoniza - um movimento de *releitura* do princípio da legalidade administrativa. Este trabalho, como não poderia deixar de sê-lo, quer analisá-la, a fim de verificar se ela efetivamente possui guarida no ordenamento jurídico pátrio. A premissa fundamental encampada pelo novel instituto da juridicidade administrativa, pelo menos da forma que o é no âmbito da doutrina especializada brasileira, consiste na substituição da *lei* – aqui tomada em sentido formal - pela *Constituição* no centro de conformação e aferição de validade da conduta administrativa (BINEMBOJM, 2005, p. 8), notadamente ante a influência do muito defendido fenômeno da *constitucionalização do direito*. Essa ideia, no entanto - extremamente *convidativa*, especialmente quando sugerida no âmago do desenvolvimento do *neoconstitucionalismo*⁷ e do conseqüente ideal da “força normativa da Constituição” –, reclama cuidadosa reflexão.

Afinal, seria a substituição metodológica precitada o melhor caminho para se remediar os alegados males que a legalidade administrativa – estritamente considerada - ainda ostenta? Será que a própria Constituição alberga essa proposta teórica, de modo que passe a situar-se no

e sobre a evolução do direito administrativo moderno, leciona Odete Medauar: “O administrativista contemporâneo tem consciência da diversificação e capilaridade das funções do Estado atual, realizadas, em grande parte, pela atuação da Administração pública. Por conseguinte, o direito administrativo, além da finalidade de limite ao poder e garantia dos direitos individuais ante o poder, deve preocupar-se em elaborar fórmulas para a efetivação de direitos sociais e econômicos, de direitos efetivos e difusos, que exigem prestações positivas. O direito administrativo tem papel de relevo no desafio de uma nova sociedade em constante mudança. A transformação sócio-política é propícia à mudança de conteúdo e de forma do direito administrativo para que se torne mais acessível nos seus enunciados, para que traduza vínculos mais equilibrados entre Estado e sociedade, para que priorize o administrado, isolado ou em grupos, e não a autoridade. O enfoque evolutivo do direito administrativo significa, sobretudo, o intuito do seu aprimoramento como técnica do justo e, por isso, da paz social” (MEDAUAR, 2017, p. 387-388).

⁶ Desenvolvida no seio do direito administrativo alemão pelo jurista Adolf Merkl. Mais recentemente, no âmbito do direito português, destaca-se a obra de Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, publicada em 2003 pela editora Almedina. O tema será aprofundado oportunamente.

⁷ Já se defendeu, inclusive, que o princípio da legalidade “é redimensionado numa ótica neoconstitucionalista” (MEDEIROS; NELSON, 2016, p. 110).

cerne da vinculação da ação administrativa? Qual a posição da lei, formalmente considerada, na consideração prática da ideia em apreço? São questões relevantíssimas ao atual estágio do direito administrativo brasileiro. Com efeito, o surgimento do - ainda prematuro e sugestivo - *princípio da juridicidade administrativa*, como contraponto à legalidade, é um fenômeno que já bateu às portas e recebeu boa recepção de nossa Suprema Corte⁸, para além de já estar previsto em alguns diplomas legais esparsos⁹, fazendo-se mister, repita-se, seu exame acurado.

A tese a ser defendida neste trabalho é a de que a mudança de paradigma pretendida pelos defensores da *juridicidade administrativa*, que propõe na centralidade da Constituição o alicerce último de validade do agir administrativo, é insuficiente à descrição de como o princípio da legalidade opera, na prática, à Administração Pública¹⁰. A superação do modelo

⁸ Vide, a respeito, o ARE nº 938794, rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 31/05/2016, *DJe* 13/06/2016 e o RE nº 632853, rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, julgado em 23/04/2015, *DJe* 26/06/2015. Quanto ao último julgado, transcreve-se excerto do voto do Ministro Relator, Gilmar Mendes: “Mais recentemente, porém, a doutrina juspublicista brasileira, capitaneada pela doutrina da efetividade da Constituição, que tem no professor e Ministro Luís Roberto Barroso um de seus maiores expoentes, viu emergir a noção de juridicidade administrativa, tal como rotulada pelo jurista alemão Adolf Merkl. Pela expressão, compreende-se a ideia de vinculação da Administração Pública diretamente à Constituição, em especial aos seus princípios, representando a superação ao positivismo legalista de outrora”. Sublinhe-se, também, que a juridicidade administrativa, em sentido semelhante – senão idêntico – ao defendido pelo Pretório Excelso, também já constou de voto proferido em Apelação Cível pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Leia-se: “Note-se, portanto, que a atividade da Administração, não se vinculando apenas ao padrão estabelecido pelo esquema das leis formais (parlamentares), passa a ser também controlável à luz de um padrão de legalidade ampla (juridicidade) conformado pela ampla tessitura principiológica e difusa, da qual a lei parlamentar é parte integrante, porém não exclusiva. É o fenômeno que costuma ser denominado de ‘vinculação à juridicidade’” (Apelação Cível nº 0000370-53.2013.8.26.0412; rel. Des^a. Luciana Bresciani, 2^a Câmara de Direito Público, julgado em 16/12/2014, registro em 18/12/2014). Colaciona-se, ademais, excerto de julgado exarado pelo Tribunal de Justiça de Sergipe: “Nos termos do artigo 37, ‘caput’, CF, a Administração Pública, sob pena de cancelar o arbítrio, submete-se sim à legalidade, compreendida no horizonte de sentido dos demais princípios e re-gras da Constituição, de modo a manter a integridade e coerência no exercício das competências administrativas. Trata-se da concepção segundo a qual todos os atos e disposições da Administração pública submetem-se ao Direito, devem estar conforme o Direito, cuja desconformidade configura violação do ordenamento jurídico. Em virtude do objetivo de reduzir práticas arbitrárias da Administração Pública em matéria atinente ao regime jurídico dos concursos públicos adota-se hodiernamente um controle de juridicidade qualificada” (Agravo de Instrumento Nº 202100828157, rel. Des^a. Ana Bernadete Leite de Carvalho Andrade, 2^a Câmara Cível, julgado em 27/05/2022).

⁹ Exemplo é o art. 25-H da Lei Complementar nº 7, de 18 de julho de 1991, do Estado de Alagoas, com a redação dada pela Lei Complementar nº 47, de 27 de abril de 2018, que estabelece, *in verbis*: “A Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos pautará seus atos pelos princípios da *juridicidade*, da impessoalidade, da igualdade, da moralidade, da imparcialidade, do interesse público, da segurança e da estabilidade das relações jurídicas, da eficiência, da ampla defesa, do contraditório, da motivação, boa-fé, economicidade, publicidade, razoabilidade, oralidade, informalidade e transparência” (grifou-se). Veja-se que o princípio da legalidade sequer foi mencionado. Mais recentemente, a Lei nº 15.612, de 6 de maio de 2021, dispo sobre o processo administrativo no Estado do Rio Grande do Sul, previu, no seu art. 2º, que “O processo administrativo estadual será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal e na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, observando-se os seguintes princípios: I - a *juridicidade* e o interesse público;” (grifou-se).

¹⁰ A defesa de tal centralidade traduz, sob um viés crítico, o que alguns juristas têm chamado de “sacralização da Constituição” (SUNDFELD, 2017, p. 237-242). Tal ponto de vista será objeto de análise específica no Capítulo 2 deste trabalho. Sob um viés mais pragmático, Paulo Otero fala em um “ativismo constitucional da Administração Pública” (OTERO, 2003, p. 28-33).

conceitual tradicional, ou *clássico*, da legalidade administrativa como vinculação positiva à lei¹¹ – mencionada como legalidade administrativa *estricta* - não permite segura conclusão de que se operou essa almejada reconfiguração. Antes, denota a superveniência de uma série de fatores jurídicos, como a ampliação das fontes normativas do direito administrativo e o reconhecimento de uma Administração funcionalmente policêntrica e pautada no indivíduo, que, sim, demanda à legalidade uma nova roupagem, sem, no entanto, transmutá-la. Daí reside, justamente, a importância de se investigar quais os reais sentidos que a legalidade administrativa possui, efetivamente, na atualidade do direito administrativo brasileiro, uma vez que, a par da Constituição, leis, regulamentos *lato sensu*, atos normativos infralegais e, inclusive, decisões administrativas e judiciais têm formado um verdadeiro *sistema* do qual se extraem critérios de validade e/ou legitimidade dos atos praticados pela Administração Pública¹². Neste cenário, propomo-nos sustentar que a Constituição não *substitui* a lei como fundamento de validade por excelência dos atos administrativos, mas opera, conjuntamente com ela e com uma gama de outras fontes normativas reconhecidas, na consubstanciação de um verdadeiro *pano de fundo* de aferição de conformidade do agir administrativo – pano de fundo este avalizado pelas circunstâncias do caso concreto -, referido pelo ilustre professor Almiro do Couto e Silva como “rede” ou “malha legal”¹³. E, sob tal premissa, saliente-se, a legalidade administrativa, como princípio, resta incólume. Ela não foi *superada* (atrevemo-nos, inclusive, a sustentar que sequer por tais circunstâncias tenha, necessariamente, sido *mitigada*). Não. Pelo contrário, ela convive harmonicamente com dito caráter multifacetário pelo qual o direito se manifesta¹⁴. Assim, a *nova roupagem* antes mencionada não decorre de uma premente necessidade de *releitura*, ou de *nova sistematização*, do princípio da legalidade administrativa, mas do reconhecimento de

¹¹ Sentido, saliente-se, ainda bastante presente na jurisprudência brasileira, senão veja-se: “Não há de se olvidar que a autoridade policial, ao emitir certidões de antecedentes, atua também como administrador na prática de ato administrativo e, nessa qualidade, deve respeito à vinculação positiva imposta pela reserva de lei (*positive bindung*), de sorte que só poderia negar a emissão de certidão negativa, por conta da existência de inquéritos policiais, se houvesse expressa previsão legal nesse sentido, o que não é o caso do art. 20, parágrafo único, do CPP, que não autoriza a negativa de expedição da certidão negativa pela existência de inquérito policial, o que seria, de qualquer sorte, previsão flagrantemente inconstitucional” (AMS N° 0004579-45.2013.4.01.3500, Juiz Federal Emmanuel Mascena De Medeiros, Quinta Turma, *PJe* 06/01/2021).

¹² Porque “O que caracteriza o direito administrativo é a submissão da Administração ao Direito, não necessariamente à lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo nacional” (SUNDFELD, 2017, p. 289-290).

¹³ O jurista gaúcho sintetiza com maestria: “No Estado de Direito há necessariamente a submissão de toda atividade pública a uma rede ou malha legal, cujo tecido não é, entretanto, homogêneo. Por vezes ela é composta por fios tão estreitos, que não deixa qualquer espaço aos órgãos e agentes públicos que lhes estão submetidos. Outras vezes, porém, os fios dessa rede são mais abertos, de modo a permitir que entre eles exista liberdade de deliberação e ação” (COUTO E SILVA, 1990, p. 51).

¹⁴ De modo que anuímos à lição de Alexandre Aragão, quando defende que “a lei habilitadora da Administração Pública ou, em última hipótese, até mesmo o ordenamento jurídico em seu conjunto, sempre condicionarão de alguma maneira o conteúdo dos atos a serem emitidos pela Administração Pública” (ARAGÃO, 2004, p. 55).

que a forma de sua aplicação, no plano concreto, não se resume a um padrão subsuntivo necessariamente delineado pela *lei*¹⁵. Afinal, a lei é Direito, mas não é o Direito (SILVA, 1999, p. 10).

A doutrina da juridicidade administrativa no direito brasileiro, neste tocante, enxerga na *pluralidade normativa* ínsita ao direito administrativo uma espécie de empecilho à plena sobrevivência da legalidade administrativa. É de se reconhecer, todavia, que o fundamento de tal linha argumentativa assenta-se numa visão limitativa do princípio, cuja alegada perpetuação consubstancia o *solo fértil* necessário à viabilização de sua pretensão aparentemente “inovadora”. A realidade, entretanto, não demonstra a permanência dessa visão redutora do princípio da legalidade aplicado à Administração Pública. A realidade, sim, nos demonstra que o seu conteúdo enriqueceu, adornou-se de sofisticação científica e amoldou-se a novas práticas. Tais são os fatores que precisam ser aprofundados. Afirmar, simplesmente, que a legalidade administrativa convola-se em juridicidade¹⁶ ante a proeminência da Constituição como fonte normativa parece expressar um esforço demasiadamente teórico - e substancialmente retórico -, apartado dos reais fatores jurídicos que conduzem, hoje, a aplicação prática do princípio da legalidade à Administração Pública. O princípio da legalidade administrativa não precisa ser *renomeado*, mas fundamentalmente compreendido.

Ainda, vislumbra-se certa incorreção, presente na doutrina da juridicidade administrativa - nos termos, repita-se, em que recentemente desenvolvida no âmbito do direito pátrio -, consistente num largo – e muito questionável - discurso de *enfraquecimento* do princípio da legalidade, fundado numa alegada descrença coletiva na lei e no próprio legislador. Parcela da doutrina aponta, nesta senda, que o século XX assistiu a um irrefutável e notório processo de *desprestígio da lei*¹⁷. Este ensaio, todavia, quer justamente refutar tal assertiva. A

¹⁵ Na sensata visão de Odete Medauar: “Com efeito, a concepção da legalidade como subsunção engessa a Administração Pública, impedindo-a de encontrar novas soluções ante aceleradas mudanças na sociedade; daí tornar-se relevante conferir outra fisionomia ao princípio da legalidade, sem abandoná-lo” (MEDAUAR, 2017, p. 168).

¹⁶ Nas palavras de Gustavo Binembojm, “A constitucionalização do direito administrativo convola a legalidade em juridicidade administrativa. A lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição” (BINENBOJM, 2014, p. 70).

¹⁷ Veja-se: “Ademais, é fato notório que a segunda metade do século XX assistiu a um processo de desprestígio crescente do legislador e de erosão da lei formal – a chamada crise da lei – caracterizado pelo desprestígio e descrédito da lei como expressão da vontade geral, pela sua politização crescente ao sabor dos sucessivos governos, pela crise de representação, pelo incremento progressivo da atividade normativa do Poder Executivo e pela proliferação das agências reguladoras independentes. Com efeito, o surgimento do Estado providência criou para a Administração Pública uma série de novas atribuições que não se encontravam expressamente previstas nas leis. Ademais, o aumento significativo do grau de complexidade das relações econômicas e sociais que vieram a demandar a pronta intervenção e ordenação do Estado passaram a não mais caber dentro da lentidão e generalidade

nosso ver, não só o século XX *não* assistiu a esse noticiado desprestígio, como, pelo contrário, assistiu – sobretudo na sua segunda metade - ao fenômeno inverso: o crescimento do *prestígio* da lei, o reconhecimento cada vez mais avultante de seu – aqui, sim – *irrefutável* papel numa sociedade em súbita e complexa metamorfose¹⁸. O surgimento, cada vez mais presente, de polos periféricos produtores de normas jurídicas – conjuntura referida por Carlos Ari Sundfeld como a *era da concorrência normativa* (SUNDFELD, 2014, p. 253) - e, conseqüentemente, de fontes do direito administrativo contemporâneo não arrefece o papel da lei, mas o acentua, na medida em que mais e mais matérias vem a demandar um *mínimo* de tratamento legal que as viabilizem no plano concreto. O suposto fenômeno do desprestígio da lei, como sustentado, assenta-se em alegadas constatações que – tangenciando, inclusive, o campo da análise econômica do direito - querem mais demonstrar o esmorecimento do *Poder Legislativo* e do próprio *processo legislativo*¹⁹ frente a fatores diversos (jurídicos, sociais, macroeconômicos, etc.)²⁰. Todavia, o particular exame do papel da lei como paradigma de análise do conteúdo salutar do princípio da legalidade no direito administrativo não adentra a essa perspectiva: a influência da lei à operabilidade prática da legalidade administrativa não tem – e não deve ter - sua importância reduzida ao argumento de pretensas fragilidades no processo político, amplamente considerado, do qual aquela se origina²¹.

do processo legislativo formal” (BINEMBOJM, 2014, p. 35). Nessa linha, Rafael Santiago sustenta que o “o surgimento do Estado providência tem importante papel no processo de desprestígio da lei formal que coloca em xeque o princípio da legalidade administrativa” (SANTIAGO, 2013, p. 9).

¹⁸ Nas palavras de Carlos Ari Sundfeld: “no Brasil, ao contrário do que se costuma dizer, a lei é hoje muito mais presente e importante do que foi no passado. Vivemos no direito administrativo brasileiro não a era da deslegalização, mas, sim, a era da concorrência normativa” (SUNDFELD, 2014, p. 253).

¹⁹ Veja-se, nesse sentido, a posição de Odete Medauar, segundo a qual, em relação à legalidade administrativa, há de se pontuar que “a lei votada pelo legislativo deixou de expressar a vontade geral, para ser a vontade de maiorias parlamentares controladas pelo Executivo” (MEDAUAR, 2017, p. 170). O argumento da autora, sem adentrarmos em questionamos a respeito de sua correção ou exatidão, nos parece mais afeto ao campo da *análise política*, da ciência política propriamente dita, no sentido de que, em relação ao direito administrativo, o grau de densidade ou de representatividade popular que determinada lei ostente não auxilia o entendimento acerca do conteúdo do princípio da legalidade administrativa e de sua operabilidade prática. São, por certo, temas *comunicáveis*, mas cientificamente independentes.

²⁰ Vide nota 15, cuja transcrição doutrinária bem elenca essa diversidade de fatores, os quais sintetizamos a seguir: descrédito da lei como expressão da vontade geral, sua politização crescente ao sabor dos sucessivos governos, crise de representação, surgimento do Estado providência, aumento significativo do grau de complexidade das relações econômicas e sociais e lentidão e generalidade do processo legislativo formal. Veja como tais fatores dialogam com uma análise mais *macro-orientada*, a qual, a despeito de sua inquestionável importância, pode, todavia, dificultar a correta compreensão do princípio da legalidade administrativa no direito brasileiro.

²¹ Entretanto, em defesa de uma reconstrução do sentido do princípio da legalidade sob a ótica da análise econômica do direito, vide excelente texto de André Cyrino, *Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro*, publicado pela Revista de Direito Administrativo em 2017. Para o autor, “o contexto do processo político brasileiro indica conseqüências importantes a serem avaliadas no desenvolvimento da legalidade administrativa como norma jurídica cogente” (CYRINO, 2017, p. 179).

Outro argumento comumente trazido à tona em defesa de uma *releitura* do princípio da legalidade e que é também invocado em defesa da juridicidade administrativa, e que, da mesma forma, sublinhe-se, toma por base uma visão limitativa da legalidade, é o que propugna a impossibilidade prática de a lei prever, minuciosamente, todas as circunstâncias dentro das quais a Administração pode pautar sua atuação. Quer-se, insistentemente, neste ponto, demonstrar a *insuficiência* da lei frente ao complexo de relações das quais o Poder Público toma parte. Entretanto, e como já adiantado nos parágrafos precedentes, o princípio da legalidade administrativa não resta circunscrito a subsunções lógico-jurídicas delimitadas, necessariamente, pela lei. Na prática, sua aplicação agasalha demais fontes normativas, reconhecendo-as como verdadeiros parâmetros de controle – seja este administrativo, judicial, popular, legislativo, etc. O que é preciso, muito mais do que militar por *reformulações teóricas*, é identificar como essas fontes normativas autônomas transitam e operam na aplicabilidade da legalidade administrativa aos casos concretos²². Aqui, a precitada “insuficiência da lei” parece assentar-se numa invocada *primazia legal* cuja superação deva ser perpetrada. Todavia, essa primazia não constitui o núcleo basilar do princípio da legalidade, e sim uma de suas – várias - feições²³. Ademais, é de se notar que o argumento da insuficiência da lei, ora em apreço, poderia ser igualmente direcionado – e, diga-se, com mais razão de ser – à própria Constituição. Transformá-la no centro primordial de conformação da atividade administrativa não só não supera o problema levantado, como, em tese, o agrava, visto a carta constitucional ser muito menos apta a conferir aquele desejável detalhamento do qual a *lei em sentido formal* carece. A mudança de foco proposta, entretanto, vendo na Constituição a consagração de um *sistema de direitos maleável*, aparenta desconhecer tal risco²⁴. Na realidade prática, entretanto, Constituição, leis, decisões administrativas e judiciais e um amplo plexo de atos infralegais atuam, repita-se, simultânea e conjuntamente no esquema de controle de legalidade da atuação

22 Como bem pontua José Vicente Santos de Mendonça, “a verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo não ocorreu com a ascensão, teórica e prática, de ideias como a relativização da noção de supremacia do interesse público” – e também com a ascensão da ideia da juridicidade administrativa, defendida pelo mesmo autor -, “mas com uma mudança na abordagem metodológica e conceitual da disciplina. O novo estilo de direito administrativo é pragmático, empiricista, assistematizador e assistemático, e cético em relação à centralidade do discurso jurídico” (MENDONÇA, 2014, p. 179).

²³ Conforme lição de Alexandre Santos de Aragão: “Um dos pontos do Direito Público que mais tem desafiado os juristas e operadores do Direito no mundo contemporâneo é a multiplicação das normas genéricas e abstratas editadas por órgãos e entidades não integrantes do Poder Legislativo, que, se por um lado, nos leva à reavaliação dos contornos das funções que este hoje possui, por outro, faz com que procedamos à revisão conceitual do próprio Poder Executivo, historicamente concebido como um gestor dos assuntos públicos, subalterno e executor das decisões do Parlamento” (ARAGÃO, 2001, p. 109).

²⁴ Na lição de Caio Tácito, “A atual Constituição, mais abundante que as anteriores, incorporou aos direitos e liberdades constitucionais, diversas figuras novas e elevou ao plano superior outras que apenas constavam da legislação ordinária. Por isso mesmo se tomou mais numerosa a relação de normas de aplicabilidade diferida, à espera da lei que as torne efetivamente operantes” (TÁCITO, 2005, p. 39).

administrativa do Estado²⁵. É justamente nessa atuação sincrônica e intercambiável dos elementos integrantes do ordenamento normativo que se manifesta o princípio da legalidade no âmbito do direito administrativo brasileiro contemporâneo²⁶.

A doutrina da juridicidade administrativa (principalmente, quanto à presente questão, capitaneada pelo professor Gustavo Binembojm) também defende que a adoção do novo modelo influiria diretamente na margem de atuação do administrador, diminuindo-a. Aduz-se que o modelo preconizado pela juridicidade reduziria, assim, a discricionariedade administrativa, numa superação do tradicional modelo dicotomizado que discrimina os atos administrativos em vinculados e discricionários para a adoção de uma teoria de “*graus de vinculação à juridicidade*” (BINEMBOJM, 2014, p. 207-256). Este trabalho também intenta a reflexão a respeito dessa postulação, sobretudo no tocante à redução da discricionariedade, conforme sustentada. A defesa de que a atuação administrativa pode – e deve - encontrar seu fundamento de validade diretamente na Constituição em virtude do reconhecimento de sua sistêmica centralidade jurídico-normativa, sem a necessária intermediação legal – ou infralegal -, não tem o condão de, em certa medida, operar, em via transversa, situação contrária? Destarte, o administrador, frente a objetivos fundamentais vagos, normas dirigentes e princípios programáticos, não teria sua esfera de discricionariedade, na prática, expressivamente *ampliada*?

Com efeito, relevantíssima questão que parece emergir em tal cenário de evolução jus-dogmática da juridicidade administrativa enquanto princípio ostentador de temperamentos à legalidade administrativa estrita assenta-se justamente na hipótese de aquela se transformar em argumento legitimador de condutas administrativas que, olvidando-se da observância de lei em sentido estrito ou de ato administrativo infralegal, encontrem, contudo, amparo na Constituição. É claro que, num primeiro momento, não soa tal hipótese incursa em dissonância jurídica, visto que há muito se defende que a atuação administrativa deve observar não somente a lei em seu sentido estrito, mas também o Direito, nele compreendido, por óbvio, o estatuto constitucional propriamente dito (considerando, também, que há, sim, hipóteses em que o fundamento de atuação administrativa encontre nele imediata e diretamente o seu amparo jurídico). Entretanto,

²⁵ Interessante notar que Ruy Barbosa, em sua célebre obra *Os Actos Inconstitucionaes*, trabalhava, inclusive, com a expressão “legalidade constitucional” (BARBOSA, 1893, p. 218).

²⁶ Como bem sintetizado em julgado exarado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região: “A legalidade administrativa impõe que o ato administrativo esteja vinculado ao ordenamento jurídico, de modo que a imposição de obrigações, a realização de proibições ou mesmo o reconhecimento de um direito, via de regra, retire a sua validade de atos normativos estatais” (Remessa Necessária Cível nº 08123979420214058100, Des. Rogério de Meneses Fialho Moreira, 3ª Turma, julgado em 17/03/2022).

ao se defender a prescindibilidade de fundamento infraconstitucional sobre a atividade administrativa (fora daqueles casos em que se possa extrair expressamente da norma constitucional o seu fundamento direto), não se pode olvidar da possibilidade de que condutas administrativas estatais venham a ser revestidas de caráter mais político – e, mesmo, discricionário –, situação que, em tese, comprometeria a correta delimitação a respeito do critério legitimador de sua validade e influiria substantivamente sobre os limites e sobre a própria viabilidade de sua sindicância - via judicial, especialmente. Enfrentar tal ponto, portanto, faz-se imprescindível, afinal, a juridicidade administrativa não pode ser um convite à corrupção.

Aliado aos apontamentos acima, faz-se mister, ademais, para o cumprimento do desiderato subjacente ao presente trabalho, promover uma reavaliação do papel exercido pelo princípio da legalidade administrativa no âmbito da atividade controladora da Administração Pública. Em outras palavras, a par de se perquirir o sentido polivalente e a real significação prática que a legalidade administrativa ostenta no direito administrativo brasileiro contemporâneo, confrontando-os com determinadas premissas encampadas pela novel doutrina da juridicidade administrativa, este ensaio quer também identificar aqueles significados, extraídos da praxe administrativa e jurisprudencial, que encerram certos “mandamentos”, certas normas – a nosso ver - equivocados. Para tanto, almeja-se confrontar a legalidade administrativa com a disciplina do controle da Administração Pública.

Primeiramente, entende-se por devido pontuar que o princípio da legalidade aplicado ao direito administrativo não se confunde com a potestade anulatória dos atos administrativos pela Administração Pública, ou mesmo pelo Poder Judiciário. Aqui, se tem uma confusão presente sobretudo em âmbito jurisprudencial (também presente, todavia, em doutrina). Com efeito, o que se intenta quanto ao presente ponto sustentar é que o *dever* de anular os atos administrativos “ilegais” – ou genericamente “inválidos” - não *decorre* do princípio da legalidade administrativa. Deste, decorrerá, propriamente, o exame sobre o ato anulatório que for porventura efetivado, que se externar no plano concreto. Sobre este ato e, agora sim, em decorrência do princípio da legalidade aplicado à Administração Pública, demandar-se-á aquele - concretamente circunstanciado – *pano de fundo*, “rede” ou “malha legal” anteriormente defendidos. O princípio da legalidade administrativa, desta feita, não determina um *agir*, mas os critérios de aferição do *conteúdo* deste agir em face ao direito e frente às peculiaridades que o caso concreto exprima²⁷. A potestade anulatória pode, por certo, encontrar na *violação* à

²⁷ Vide excerto de julgado do Tribunal de Justiça de Tocantins: “O ato administrativo que impossibilita o acesso de acompanhante a auxiliar a gestante durante o trabalho de parto, viola o princípio da legalidade, pois que referido

legalidade administrativa o seu fundamento jurídico. Isso não significa, entretanto, que este exercício dela *decorra* logicamente. São coisas distintas. De modo que hipóteses alternativas de saneamento da irregularidade da qual está maculado o ato, sobretudo a convalidação, não representam, necessariamente, uma *mitigação* da legalidade, como largamente se defende. A legalidade, reitere-se, como norma principiológica aplicável à atividade estatal de cunho administrativo, reclama que a conduta administrativa dialogue com uma norma pré-estabelecida²⁸, inserida, lembre-se, em um ordenamento complexo e ordenado, e não estático ou pré-concebido aprioristicamente. O princípio da legalidade administrativa não impõe, desta feita, um dever abstrato de *anulação*²⁹, mas que o ato consequente da atividade controladora encontre, como todos os demais atos praticados pelo Poder Público em função administrativa, aquela conformação com o arcabouço normativo que lhe está no *pano de fundo* de sua atuação³⁰. Deve-se superar o argumento equivocado que enxerga na *anulação* e na *legalidade administrativa* uma simbiose semântico-jurídica. Afinal, o próprio ato anulatório pode representar afronta à legalidade. A legalidade administrativa, registre-se, é *uma* das formas de aferição de validade do ato. Por certo, um ato poderá passar pelo seu crivo e encontrar fundamento de invalidação em princípios outros (pense-se, por exemplo, num ato administrativo que concede reajuste remuneratório a servidores em contexto de déficit fiscal; o ato pode plenamente ter um *assento legal*, ou seja, ter, aos olhos da legalidade, um amparo, um

direito é garantido pela Lei Federal Nº 11.108/05” (Agravo de Instrumento nº 0001141-46.2021.8.27.2700, rel. Desª. Jacqueline Adorno De La Cruz Barbosa, julgado em 26/05/2021, *DJe* 08/06/2021). No entanto, atentemos a um detalhe: a violação à legalidade funda-se na ausência de fundamento jurídico do ato que impossibilitou o acesso, e, não, propriamente, no fato de o direito de acesso ser garantido pela lei. Deveras, um direito pode muito bem ser garantido pela lei e ter seu exercício legitimamente vedado ante circunstâncias legalmente previstas – e razoavelmente sopesadas nos casos concretos.

²⁸ Como afirma Wilson Vasconcellos, a despeito de restringir-se a um amparo *legal*: “o princípio da legalidade reside no fato de nenhum órgão do Estado poder tomar deliberação individual que se não coadune com uma disposição geral previamente fixada” (VASCONCELLOS, 1966, p. 365).

²⁹ Jorge Ulisses Fernandes bem anota que “Nasce, do acatamento do princípio da legalidade, o dever para o administrador de reconhecer quando um ato está em contrariedade com a lei, a fim de promover o seu ajustamento à norma ou mesmo para retirá-lo do mundo jurídico.” (FERNANDES, 2003, p. 56). Veja como o autor corretamente circunscreve a aplicabilidade prática da legalidade administrativa não a um dever, abstratamente considerado, de adoção de conduta comissiva, mas a um reconhecimento – *parâmetro controlador* – da validade do ato pela Administração Pública externado.

³⁰ Todavia, vide como o tema é tratado pela jurisprudência no seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “Em verdade, cuida-se de ato administrativo vinculado, fundamentado na legalidade administrativa, haja vista que, nos termos do artigo 53 da Lei 9.784/99, bem assim da Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal, a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade” (Agravo de Instrumento nº 5016606-34.2021.4.04.0000, Quarta Turma, rel. Des. Victor Luiz Dos Santos Laus, juntado aos autos em 27/10/2021). Primeiramente, e adotando-se a classificação binária dos atos administrativos em discricionários e vinculados, ambos “fundamentam-se” na legalidade administrativa – no sentido de que ambos ao seu crivo se sujeitam. Entretanto, veja-se como a decisão correlaciona tal fundamento na legalidade – em relação, apenas, aos atos vinculados – em virtude de um dever de anulação decorrente do ordenamento jurídico. O que há, aqui, é uma confusão entre o comando imperativo presente no direito positivo com o conteúdo da legalidade administrativa, tem que, outrossim, será oportunamente aprofundado.

suporte, que, por sua vez, represente observância a ela, mas ser, mesmo assim, invalidado sob o fundamento de violação à *moralidade administrativa*³¹; essa consequência jurídica, a seu turno, não importa, necessariamente, uma *mitigação* da legalidade, visto que também encontra guarida no ordenamento normativo que lhe confere a base nuclear de seu objeto³²).

Ainda, defende-se, com muita propriedade na doutrina brasileira, que a eventual perpetuação do *nulo*, assentada, sobretudo, no princípio da *segurança jurídica*, expressa *temperamento* à legalidade administrativa – especialmente à legalidade “*estrita*”. Nossa tese quer confrontar essa afirmação. Eventual convalidação de ato administrativo eivado de ilegalidade não representa, necessariamente, esse esquema de temperamento à legalidade em prol da segurança jurídica. Não há, entre legalidade e segurança jurídica, esse imaginado “cabo de guerra”³³. Eventual opção convalidatória pode fundar-se na segurança jurídica e, ainda assim, estar plenamente amparada pela legalidade. Os princípios em tela não incidem sobre elementos supostamente conflitantes, ideia alicerçada notadamente naquela falsa percepção de um *dever anulatório* extraído diretamente da legalidade administrativa³⁴.

Neste tocante, é interessante notar como a legalidade administrativa é, muitas vezes, empregada como uma norma que encerrasse um suposto “dever de atuação”, sobretudo naqueles casos de exercício de competência vinculada. Pensemos num ato administrativo de concessão de licença paternidade. Pelo nascimento do filho, deve a chefia conceder o

³¹ Não negamos, por certo, que os princípios dialoguem entre si e que, também, encabeçam normas, de certa, forma, interdependentes. No entanto, cada qual traduz distinto ônus argumentativo e aplicativo, de forma que nos permitimos discordar da afirmação de que a “moralidade está associada à legalidade: se uma conduta é imoral, deve ser invalidada” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 249).

³² Amaro Cavalcanti, em 1905, já dizia que “a lesão dos direitos individuais pode também ter lugar, mesmo procedendo o funcionário dentro da mais stricta legalidade” (AMARO CAVALCANTI, 1905, p. 490).

³³ O professor Almiro do Couto e Silva foi, sem dúvida, um dos grandes expoentes brasileiros no que se refere ao estudo sobre o necessário diálogo entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica (COUTO E SILVA, 2015, p. 19-41). O ilustre jurista refere-se a uma suposta “antinomia” entre os princípios em apreço, a demandar um exercício de sopesamento no caso concreto.

³⁴ Leia-se: “É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o dever (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existe, quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido, pela conjugação da boa-fé dos interessados com a tolerância da Administração, e com o razoável lapso de tempo transcorrido” (COUTO E SILVA, 2015, p. 41). Note como o aparente “confronto” entre legalidade e segurança jurídica só subsiste ao fundamento de que o “dever de anular” ou de “não anular” decorre de uma necessária sobreposição daqueles, verificável pelo “interesse público prevaletente” no caso concreto. Não nos parece, entretanto, ser este esquema o que verdadeiramente ilustra a forma pela qual operam legalidade e segurança jurídica. Não há, a nosso ver, essa “antinomia”, esse “confronto”. A anulação sob o fundamento de violação à legalidade também prestigia a segurança jurídica. De igual modo, a convalidação sob o fundamento da segurança jurídica também pode traduzir opção amparada pela legalidade administrativa. Legalidade e segurança jurídica podem, sim, ponderar-se entre si, mas não expressam, sobretudo quando do controle da Administração Pública, opções concretamente ambivalentes e necessariamente oponíveis.

licenciamento previsto, nos termos legais. Entretanto, esse *dever* de conceder a licença não decorre propriamente do princípio da legalidade administrativa (a essência jurídica do princípio da legalidade não se pode confundir com o conteúdo imperativo da norma que lhe servirá de parâmetro aplicativo e controlador)³⁵. A concessão da licença, no caso concreto, decorre de um dever geral e funcional de obediência à lei, não pautado diretamente na *legalidade administrativa*. Nesta, pauta-se a obrigação de que o ato concessivo, por exemplo, respeite o prazo estabelecido na norma estatutária, justamente para que aquele adeque-se àquela “malha legal”, ao *pano de fundo* do ordenamento normativo que lhe confere o seu fundamento. Da mesma forma, se o administrador, frente a ato administrativo ilegal, omite-se em anulá-lo, ou de promover seu saneamento por outras vias, não se tem propriamente uma afronta ao *princípio da legalidade administrativa*, mas um manifesto desvio funcional, a saber, uma *inobservância legal* que expressa, com maior correção, violação aos princípios da *moralidade* e da *impeccabilidade*, além de outros identificáveis, como o princípio da *autotutela*³⁶.

O presente trabalho, portanto, quer, sob o intento de desvelar a real significação prática que o princípio da legalidade administrativa apresenta no cenário jurídico brasileiro contemporâneo, especialmente confrontar as recentes tendências orientadas à *mitigação*, ao *temperamento*, ou, até mesmo, à *superação* do princípio da legalidade administrativa. Não se almeja propriamente negá-las. Reconhece-se o inestimável valor das teses orientadas sob tais vocações acadêmicas. Entretanto, como todo empreendimento científico – este incluso -, não estão elas imunes a certos desvios. Deseja-se, antes de tudo, a instigação ao debate, e não a formulação de conclusões inegociáveis. Este ensaio, repita-se, tem como propósito perquirir os

35 Da mesma forma, não decorre do princípio da legalidade aplicado ao Estado de Direito a necessidade de edição de leis implementadoras de direitos sociais, mas do dever constitucional de efetivação dos direitos fundamentais, consectário do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. A legalidade atuará, na prática, na conformação do agir estatal às diretrizes legalmente fixadas.

36 No entanto, veja-se, a título de exemplo, excerto de fundamentação extraído de julgado do Tribunal de Justiça do Amazonas: “Por ser a progressão funcional um direito subjetivo do servidor público estatuído na Lei municipal n.º 1.222, de 26 de março de 2008, afigura-se ilegítima a omissão do ente público em cumprir a norma regente, pois, ao assim proceder, está se beneficiando da própria torpeza, em clara violação ao princípio da legalidade administrativa (art. 37, caput, CF/88)” (Apelação Cível n.º 0611040-46.2017.8.04.001, rel. Des.ª. Mirza Telma de Oliveira Cunha, Terceira Câmara Cível, julgamento em 02/07/2022). Parece-nos, com maior certeza, haver “clara violação” à moralidade, à impecabilidade, à segurança jurídica, à autotutela, à boa-fé, à vedação ao enriquecimento ilícito. Uma “clara” violação à *legalidade administrativa* perpetrar-se-ia se, porventura, a concessão do ato promocional desobedecesse, no caso concreto, ao padrão de classe estabelecido na norma regente. Frisamos tais pequenos detalhes, pois são eles que permitem uma melhor elucidação do conteúdo jurídico desse princípio tão caro ao direito administrativo. O princípio da legalidade, neste exemplo, não demanda a *efetivação* da promoção (outros valores e princípios de igual monta ao direito administrativo o demandam), mas que esta efetivação se opere em obediência ao ordenamento jurídico. Nessa linha, conforme decidido pelo Tribunal de Justiça de Sergipe, a legalidade se trata de “concepção segundo a qual todos os atos e disposições da Administração pública submetem-se ao Direito, devem estar conforme o Direito, cuja desconformidade configura violação do ordenamento jurídico” (Agravado de Instrumento n.º 202100828157, rel. Des.ª. Ana Bernadete Leite de Carvalho Andrade, 2ª Câmara Cível, julgado em 27/05/2022).

reais sentidos pelos quais o princípio da legalidade administrativa se manifesta no plano concreto, uma vez que é neste plano que se constata que a Administração Pública encontra o fundamento de validade da sua atuação não num esquema estático e pré-definido, mas numa ordenada e complexa gama de normas originadas das mais variadas fontes. Assim, a conduta administrativa, em consonância com o princípio da legalidade que a rege, pode ter seu fundamento de validade, o seu *suporte jurídico-normativo*, em certos casos, diretamente na Constituição (mas não em todo e qualquer caso)³⁷. Em outros, pode encontrá-lo diretamente na lei em sentido formal. Pode, outrossim, o fundamento de validade ser extraído diretamente de um decreto, de uma resolução, de uma instrução normativa, e até de uma orientação de cunho normativo. Mas o mais importante é isto: a externalização da conduta administrativa pode encontrar seu amparo jurídico em uma *pluralidade normativa* que conglomere, em ordenado diálogo e em coesa comunicação, uma ou mais das normas precitadas, além de outras. Isso é o que a realidade prática dos órgãos administrativos nas várias esferas da federação nos mostra. A legalidade administrativa demanda, em última análise, que o ato praticado pelo Poder Público tenha um *amparo normativo* que lhe sustente, não propriamente que lhe dê forma e conteúdo exatos, mas que nele encontre a razão da legitimidade de sua prática e da consequente produção de seus efeitos no caso concreto. Este amparo, a seu turno, repita-se, não pode ser pré-definido como presente *somente* na Constituição ou *somente* na lei, vez que consubstanciado numa conjugação normativa multifária. Sob tais premissas que se desenvolverá o estudo aqui pretendido, tendo como objetos centrais de análise a doutrina da juridicidade administrativa e o exame a respeito da função do princípio da legalidade quando do exercício da atividade controladora da Administração Pública. O método a ser utilizado na consecução desta investigação será o dedutivo, amparado em larga pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

Expostos os principais problemas que motivam a presente dissertação, entende-se por igualmente importante esclarecer, neste momento, alguns pontos que não serão objeto deste trabalho. Primeiramente, o presente ensaio não estudará a legalidade como *manifestação de poder*³⁸. O que se deseja esclarecer, neste ponto, é que a legalidade aqui abordada o será sob

³⁷ De modo que, quando o Tribunal de Justiça do Pará sustenta, em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que “o dever de observar as garantias constitucionais” consubstancia-se no “princípio da legalidade administrativa – lei em sentido amplo, expressão basilar do Estado de Direito, que deve orientar toda a atividade administrativa (art. 37 c/c art.5º, inciso LIV e LV ambos da Constituição Federal)”, exsurge, a nosso ver, uma conceituação supérflua e juridicamente descontextualizada acerca do princípio em comento (IRDR n°s 8637999 e 8637999, rel. Des. Roberto Gonçalves De Moura, 1ª Turma de Direito Público, julgado em 14/03/2022, publicado em 28/03/2022).

³⁸ Debate, sobretudo, suscitado por Paulo Bonavides: “Autores há que fazem da legalidade e legitimidade condições essenciais do poder do Estado tanto quanto da capacidade constitucional e da indivisibilidade desse mesmo poder. Outros, porém, trilhando via oposita, entendem que a noção de legalidade e legitimidade não

uma perspectiva eminentemente *jurídica*, não como fenômeno *político*³⁹. Mais precisamente, estudar-se-á o princípio da legalidade, aplicado ao direito administrativo, principalmente sob o viés de parâmetro controlador da atividade administrativa do Estado. Este trabalho não pretende, também, esboçar um recorte histórico a respeito do princípio da legalidade no âmbito do direito administrativo brasileiro⁴⁰. Pontuais digressões a respeito de sua evolução teórica serão evidenciadas quando pertinentes ao objeto deste estudo, que, repita-se, circunscreve-se à verificação dos sentidos e das possíveis normas que o princípio em comento encerra na atualidade do direito administrativo pátrio. Por fim, o presente ensaio não pretende a apresentação de um estudo de direito comparado. Focar-se-á no princípio da legalidade administrativa da forma que o é encarado pela doutrina especializada, jurisprudência, tribunais e órgãos de controle brasileiros. Recorreremos, por certo, à lição encabeçada por autores estrangeiros, a fim de subsidiar a presente investigação e no que lhe disser respeito, sem, no entanto, almejar exame comparativo de como a legalidade é concebida e de como opera neste ou naquele país em particular. Deseja-se, sobretudo, desvendar sua significação no cenário brasileiro⁴¹.

pertence à caracterização do poder, nem constitui sequer traço do poder estatal” (BONAVIDES, 2000, p. 138). Encontra-se, também, largo estudo sobre a legalidade em perspectiva política na obra de Eros Grau, *Direito Posto e Pressuposto*, para quem o “Estado autoritário, no entanto, inúmeras vezes se manifesta travestido de ‘Estado de Direito’. Sob a aparência de sujeição ao ‘domínio da lei’ atua um Estado que lança mão da legalidade como instrumento de opressão e opróbio. Essa opção, no entanto, não há de ser consumada de sorte a ocultar a crítica da legalidade e do domínio da lei.” (GRAU, 2008, p. 169). Cita-se, ainda, a obra de Francisco Campos, *O Estado Nacional*, publicada pela editora Conselho Editorial em 2001. Sob tais enfoques, frise-se, e sem se olvidar de sua inquestionável importância, a legalidade não será abordada no presente ensaio.

³⁹ Quanto a este ponto, ademais, faz-se mister destacar que a presente pesquisa não se olvida de que ainda persiste, em âmbito doutrinário e jurisprudencial, certa imprecisão dogmática a respeito do enquadramento da legalidade administrativa na norma esculpida no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal. Em outras palavras, reconhece-se certa divergência no tocante à eventual identificação jurídica entre a legalidade administrativa, contida no *caput* do art. 37 da Carta Republicana, e o princípio fundamental da legalidade, ínsito ao Estado de Direito. Com efeito, leia-se trecho de voto exarado no âmbito do Tribunal Regional da 5ª Região: “o princípio da legalidade administrativa, textualmente previsto no art. 37, *caput*, da CF/88, diversamente do princípio fundamental da legalidade, ínsito no art. 5º, II, também da Constituição Federal, condiciona o agir da Administração aos ditames da Lei” (Processo nº 08006425520164058001, Apelação Cível, Des. Cid Marconi Gurgel De Souza, 3ª Turma, julgado em 17/03/2022). Em pontual divergência – apesar de dar ao princípio tratamento mais genérico –, veja-se a lição de Ives Gandra Martins: “O princípio da legalidade é inerente a toda a ordem jurídica e, embora repetido na Constituição, como ocorre no art. 37 ou no art. 150, I, tem sua matriz no art. 5º, II” (GANDRA MARTINS, 2022, p. 226). Para os fins do presente ensaio, entretanto, entende-se por impertinente o aprofundamento a respeito de tal questão, visto que focado no princípio da legalidade aplicado à Administração Pública, independentemente do reconhecimento, ou não, de este ter, como identidade conceitual, assento constitucional no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

⁴⁰ Sob tal perspectiva metodológica, citamos, sem prejuízo, o excelente texto de Itiberê de Oliveira Rodrigues, *Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil*, integrante da obra *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*, publicado pela editora Malheiros em 2005.

⁴¹ Valemo-nos, aqui, das palavras de Paulo Otero: “Concentra-se o estudo na legislação e na jurisprudência nacionais ou comunitárias, excluindo-se expressamente qualquer perspectiva de Direito comparado dos diversos problemas, sem prejuízo das referências que se considerarem pertinentes ao Direito estrangeiro” (OTERO, 2003, p. 35). E prossegue: “Igualmente ao nível da doutrina, ante a impossibilidade de se consultarem e citarem todos os

Elucidado o objeto central desta investigação - e seus correlatos desafios a serem enfrentados -, justificado seu propósito e abordados os aspectos metodológicos inerentes à sua realização, urge imperioso delinear, agora, o plano sobre o qual se desenvolverá o estudo ora pretendido. Para tanto, permitimo-nos, neste momento, e para melhor compreensão, sintetizar o objeto desta pesquisa em tópicos, concernentes, cada qual, aos principais problemas de pesquisa levantados. Cada tópico traz em seu bojo os *subproblemas* a ele inerentes, a fim de tratá-los de forma sistêmica e, não, isolada. Lembrando, portanto, que o objeto da presente dissertação centra-se na identificação dos sentidos que o princípio da legalidade administrativa possui no direito administrativo brasileiro contemporâneo, trabalharemos, na linha do que até aqui foi exposto, com os seguintes tópicos:

(i) O caráter polivalente, ou não unívoco, do princípio da legalidade administrativa no direito contemporâneo: a legalidade administrativa como exigência de que a conduta administrativa dialogue com amparo jurídico-normativo extraído de ordenação jurídica multifária e ordenada, consubstanciando o *pano de fundo*, “rede” ou “malha legal” à atuação administrativa lato sensu.

(ii) Crítica à doutrina da juridicidade administrativa: a insuficiência da centralidade constitucional como centro de conformação da atividade administrativa; o reconhecimento da pluralidade normativa do direito administrativo como parâmetro de controle albergado pela legalidade administrativa; a falácia do discurso da “crise da lei formal”; análise a respeito dos reflexos da doutrina da juridicidade no exercício da competência discricionária pelo administrador público.

(iii) O princípio da legalidade na atividade controladora da Administração Pública: legalidade e potestade anulatória; a ausência de um dever anulatório pautado diretamente da legalidade administrativa; o princípio da legalidade como um – dentre vários - dos parâmetros de controle da atividade administrativa do Estado; a legalidade em diálogo principiológico; o reconhecimento de que segurança jurídica e legalidade não atuam, necessariamente, em ponderação convergente.

estudos relacionados com os diversos temas desta investigação, confere-se preferência aos autores portugueses” – no nosso caso, aos brasileiros -, “sem embargo de se estar bem consciente de que a língua em que se escreve ou em que se pensa não constitui certificado de qualidade científica” (OTERO, 2003, p. 35-36). O jurista português, ainda, refere-se a uma “hipervalorização do conhecimento de autores estrangeiros em detrimento dos nacionais” (OTERO, 2003, p. 36).

Para cada tópico supracitado, e na ordem em que apresentados, dedicar-se-á um capítulo. Ao final, em síntese conclusiva, nos reportaremos aos principais problemas enfrentados ao longo deste ensaio, no intento de apresentar, se assim nos couber, os sentidos que, a nosso entender, o princípio da legalidade – e as normas de vinculação dele derivadas – apresenta no cenário do direito brasileiro contemporâneo, destacando-se aqueles cujo reconhecimento desafia certas pretensões teóricas tendentes à sua reformulação no plano científico-dogmático e ressaltando-se aqueles que, sob as premissas aqui defendidas, expressam pontuais equívocos quanto à aplicabilidade prática da legalidade aos casos concretos, notadamente no âmbito da atividade controladora exercida sobre a Administração Pública.

Pretendemos, com isso, fornecer alguma sistematização prática a respeito do que a legalidade administrativa efetivamente representa em nosso direito público, objetivando-se, outrossim, que deste singelo intento acadêmico extraia-se alguma contribuição à academia publicista em tema ainda tão sensível ao direito administrativo⁴². Afinal, “a legalidade não é uma simples criação de juristas, dosada em fórmulas técnicas e símbolos latinos. É o próprio instinto de conservação da comunidade” (TÁCITO, 1954, p.11).

⁴² Permitimo-nos, aqui, uma breve divagação. A pesquisa subjacente ao presente estudo não se pôde olvidar da constatação de que o direito e a linguagem são ciências indissociáveis, do ponto de vista do primeiro, o direito. Este não se desenvolve sem os artificios daquela. A múltipla adjetivação que sofreu o princípio da legalidade é um exemplo claro do que se quer demonstrar. Legalidade *administrativa, orçamentária, penal, tributária, financeira*, dentre outras, são expressões comumente empregadas, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência brasileiras, com sentidos diversos, demonstrando como o princípio em comento ostenta caracterização polissêmica no direito, amplamente considerado, e não apenas no âmbito da disciplina do direito administrativo. Ademais, em determinados ramos, e como, inclusive, já mencionado, a legalidade ainda restou adjetivada de *estrita* – particularmente no âmbito do direito administrativo, como sinônimo de sua estrutura conceitual vigente, sobretudo, na segunda metade do século XX. Entretanto, e aqui é o ponto a merecer destaque, a adjetivação supracitada – “estrita” - parece ter ganhado ares pejorativos apenas no seio da ciência administrativista. Nos demais, defende-se quase sem ressalvas, por exemplo, a legalidade penal ou tributária *estritas* como fiéis manifestações representativas de proteção legalmente amparada. Veja-se: “Suscetível de crítica, também, o reconhecimento casuístico de direito, sem a elaboração da norma, com a ofensa ao princípio da legalidade estrita prevalecente no direito tributário (art. 150, I, da CF), o que abre o perigosíssimo caminho para a criação de imposto na via judicial, como fizeram os juízes americanos inicialmente, antes de contidos pela Suprema Corte” (TORRES, 1992, p. 109). No que concerne ao objeto de nosso estudo, é interessante notar como as críticas ao princípio da legalidade administrativa valem-se, muitas vezes, de expedientes retóricos que desenham um ambiente, por vezes, inverídico. Assim, não se poupam linhas para se atacar a legalidade administrativa *estrita, formal*, para se defender sua manifestação *temperada, mitigada*, que supere o *monismo legalista*, expressões tais que são largamente empregadas ao intento de se construir um cenário marcado por uma alegada “crise” – no âmbito do direito administrativo, fala-se muito na “crise nos seus paradigmas” -, representada pelos revezes atribuídos à permanência de um sentido obsoleto do princípio, sentido este que a realidade prática, no entanto, demonstra estar, em certa medida, abandonado. As palavras, destarte, exercem papel fundamental ao alicerce de pretensões teórico-dogmáticas.

1. O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

No direito administrativo brasileiro contemporâneo, o princípio da legalidade administrativa traduz a imposição, orientada à Administração Pública⁴³, de um dever de *conformidade jurídico-normativa*⁴⁴, no que se refere à sua atuação *lato sensu*⁴⁵. Em linhas gerais, impõe que, entre a conduta administrativa e o ordenamento jurídico, exista uma *norma de conformação*⁴⁶ (norma esta, a seu turno, aferível no caso concreto). Embora haja vozes, às

⁴³ Entendemos por necessário e oportuno, neste ponto do trabalho, pontuarmos que a presente pesquisa não se olvida da tese segundo a qual os princípios administrativos, notadamente os previstos no caput do artigo 37 da Constituição Federal, possuem aplicabilidade não apenas à Administração Pública, à função administrativa propriamente dita, mas também à função jurisdicional e, sob certas ressalvas, à legislativa. Aliás, filiamo-nos à ideia que propõe tal “efeito irradiante” dos princípios constitucionais, positivados no dispositivo supracitado, ao Estado, amplamente considerado. Entretanto, para o cumprimento do específico propósito científico subjacente à presente dissertação, não adentraremos em tal perspectiva de análise, embora, reitere-se, reconheçamos sua elevada relevância ao direito público, sobretudo à própria compreensão do objeto de estudo do direito administrativo propriamente dito. Portanto, ao abordarmos a legalidade administrativa, estamos nos referindo, no presente ensaio, exclusivamente à sua aplicação no âmbito da Administração Pública. Sem prejuízo, sublinhe-se que a investigação a respeito do escopo de aplicabilidade dos princípios constitucionais administrativos é sobretudo debatida quanto à sua incidência sobre a função jurisdicional, a saber, se a esta função se aplicariam, integralmente, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – dentre outros. Em defesa da aplicabilidade do princípio da legalidade administrativa à atividade jurisdicional do Estado, no âmbito do direito brasileiro, vide a obra de Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, publicado pela editora Forense em 2014, páginas 172 a 202, e, também, o livro de José Renato Nalini, *Ética da Magistratura*, publicado pela editora RT em 2019, páginas 115 a 146. Ressalve-se, por oportuno, que o administrativista Carlos Ari Sundfeld, em artigo intitulado *A função administrativa no controle dos atos de concentração*, integrante da obra *Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*, org. Humberto Ávila, Ed. Malheiros, 2005, p. 222, distingue a legalidade *administrativa* do que chama de legalidade *judicial*, sendo esta última a que “vincula o juiz no contencioso”, afirmando, ainda, que a legalidade administrativa possui “sentido forte”, quando “contrastada com a legalidade em sentido mínimo, a judicial” (SUNDFELD, 2003, p. 222).

⁴⁴ Na lição de Miguel Reale, não só a legalidade, mas os princípios que norteiam a atividade administrativa exigem “plena e total conformidade com a ordem jurídica” (REALE, 1963, p. 499). Para Paulo Bonavides, a legalidade “traduz a noção de que todo poder estatal deverá atuar sempre de conformidade com as regras jurídicas vigentes” (BONAVIDES, 2000, p. 140). Analisando, entretanto, os reflexos do advento da Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, bem ponderam Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas que, em relação à atuação do Estado, “a ilegalidade da conduta passa a ser aferida não apenas por sua conformidade com o ordenamento jurídico, mas também com esteio nas consequências socialmente esperadas dela” (NETO; FREITAS, 2019, p. 119). No entanto, frise-se, por oportuno, que as nuances suscitadas pelo novel diploma legal supracitado, no âmbito do direito público brasileiro, não serão objeto de análise neste ensaio.

⁴⁵ A referência à atuação *lato sensu* expressa, sobretudo, um desejo de nos afastarmos daquela centralidade metodológico-científica, presente até hoje no âmbito da ciência jurídico-administrativista brasileira - e, em algum grau, estrangeira -, que enxerga na externalização da conduta administrativo-estatal essencialmente a manifestação de “atos administrativos”, estritamente considerados. Afinal, e isto será referido ao longo do presente capítulo, a Administração Pública manifesta-se por formas várias, não apenas com a edição de atos administrativos, mas também de atos normativos e, sobretudo, mediante a apresentação de propostas legislativas.

⁴⁶ Pontue-se que José Manuel Sérvulo Correia deduz da doutrina de Charles Eisenmann, acerca do princípio da legalidade administrativa, para além de uma concepção de conformidade, uma concepção, também, de “não

quais, inclusive, em linhas gerais, nos filiamos, que sustentem ser indesejável – até mesmo, em certos casos, impossível - reduzir o conteúdo de norma principiológica a uma conceituação frasal⁴⁷ – a um “recorte verbal”, propriamente -, frisamos que o anteriormente afirmado não propõe qualquer intento de delimitação conceitual no que tange ao princípio aqui estudado – nossa afirmação, com efeito, não pretende resumir as variantes jurídicas encabeçadas pelo princípio da legalidade da Administração Pública (as quais também nos propusemos a investigar) – e cuja identificação, ademais, alicerça a natureza polivalente aqui defendida, mas, antes, desvela a norma primária que, a nosso ver, sua aplicabilidade prática nos demonstra.

Destarte, a legalidade administrativa, da forma que o é encarada e aplicada, notadamente, pela jurisprudência, pelos entes políticos e demais entidades administrativas, e pela atuação dos órgãos de controle – interno e externo –, no âmbito da atividade administrativo-estatal brasileira, tem como expressão basilar a obrigatoriedade de que haja uma *conformação* entre o agir do Estado e o ordenamento jurídico. Em outras palavras, a externalização da vontade estatal de cunho administrativo deve guardar uma precisa e identificável correspondência com a conjuntura jurídico-normativa que se faz presente e vinculante no Estado (no entanto, pretendemos demonstrar que a forma como se concretizará dita correspondência guarda certas peculiaridades e dificuldades próprias). Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria (CIRNE LIMA, 1987, p. 22). Assim, a legalidade administrativa é insuficientemente apreendida sob o defensável e clássico preceito consistente no “dever de o administrador observar a lei e o Direito” (NERY JUNIOR; NERY, 2017, p. 566). Deveras, e para o intento deste ensaio, almeja-se demonstrar que o princípio da legalidade administrativa ostenta caracterização mais *palpável*, concretamente mais *observável*, bem como realização ordenadamente mais *complexa*, sentidos tais que se sobrepõem àquela mera *observância legal* anteriormente citada.

contrariedade”, ou seja, “a exigência de a ação administrativa não poder entrar em contradição com uma lei, apesar de não necessariamente haver de nela ter um esteio”, enquanto a “conformidade (reserva de lei ou legalidade-fundamento), que, além da não-contradição, exige que a Administração atue com respaldo em alguma lei, de forma que os seus atos sempre consistam de alguma forma na aplicação de preceitos legais (ou, naturalmente, constitucionais). Esta ‘conformidade’ subdivide-se, podendo reduzir-se à (b. J) mera legalidade formal, pela qual ‘basta a existência de normas que tenham por objectivo regular a produção jurídica do acto, atribuindo poderes para a sua emissão’, não sendo necessária a (b.2) legalidade material, por força da qual a lei já predetermina parte ou todo o conteúdo dos atos a serem praticados pela Administração Pública” (SÉRVULO CORREIRA, 1987, p. 54-55).

⁴⁷ Themístocles Brandão Cavalcanti, examinando o princípio da legalidade administrativa, mas se olvidando de conceituá-lo, chega a afirmar, em tom conclusivo, que seu conceito “será criação jurisprudencial” (CAVALCANTI, 2013, p. 153).

A propósito, pontue-se que essa conformidade jurídica, tal como exigida pelo princípio da legalidade aplicado à Administração Pública, não se confunde, necessariamente, com a *regularidade* ou com a *legitimidade* da atuação administrativa do Estado. O que a legalidade administrativa demanda é que o agir administrativo do Estado ampare-se em determinada conjuntura jurídica que sustente sua própria viabilidade prática. Isso não significa, entretanto, que, por esta razão, tal agir revista-se, *ipso facto*, de regularidade e/ou legitimidade⁴⁸. Isso porque a atuação da Administração Pública não encontra somente no princípio da legalidade a ela aplicado o seu parâmetro de aferição jurídica, mas em diversas outras normas - sejam representativas de princípios ou não -, as quais, no caso concreto, também incidirão na análise jurídica que eventualmente recaia ou que seja demandada sobre o ato em si. De modo que há de se reconhecer que uma conduta administrativa pode não afrontar, em tese, o princípio da legalidade, mas, mesmo assim, ser, porventura, invalidada por fundamentos outros – e vários. A legalidade administrativa não impõe, desta feita, um “estado de coisas ideal”, em que toda e qualquer conduta exarada pelo Poder Público revista-se de um manto que a torne incólume a eventuais apontamentos críticos e juridicamente fundados. Exigir que haja, entre a atuação administrativa e o ordenamento jurídico, uma relação de conformidade consistente num suporte normativo expressa apenas um, dentre outros, mecanismos pelos quais o Direito pretende assegurar certa probidade e segurança no que tange à externalização da vontade do Estado.

Quanto ao presente capítulo, no entanto, deseja-se, especificamente, enfrentar a seguinte proposição: o que, precisamente, queremos dizer, quando afirmamos que o princípio da legalidade administrativa encerra conteúdo *polivalente* e, não, por conseguinte, semântica e juridicamente unívoco⁴⁹? Se a legalidade administrativa impõe, fundamentalmente, como sustentamos, aquela conformidade entre a conduta administrativa do Estado e o ordenamento jurídico, não restaria circunscrita a estrutura conceitual e aplicativa do princípio a essa suposta “fórmula”? Ademais, sendo o princípio da legalidade o repositório das mais elevadas

⁴⁸ Com efeito, vide excerto de julgado exarado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região: “A indicação imprecisa, no auto de infração, de alguns dispositivos legais pode até configurar alguma irregularidade na forma do ato administrativo, mas passa ao largo de violar o princípio da legalidade administrativa, e somente configura vício apto a ensejar a nulidade da atuação quando impossibilitar o exercício do direito de defesa pelo administrado, por inviabilizar a compreensão dos fatos e das normas infringidas” (Apelação Cível nº 5021468-35.2019.4.04.7205, rel. Des Rômulo Pizzolatti, Segunda Turma, juntado aos autos em 17/05/2022).

⁴⁹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no mesmo sentido, afirma que a legalidade “jamais foi conceito unívoco e pacífico” (MOREIRA NETO, 2005, p. 92).

expectativas democráticas (CYRINO, 2017, p. 175), não seria desejável que seu conteúdo fosse facilmente perceptível, identificável?⁵⁰

A resposta a tais questionamos perpassa, invariavelmente, o exame, neste ponto do trabalho, a respeito de três questões principais, quais sejam: a forma como se apresenta, hoje, à Administração Pública, o ordenamento jurídico que lhe serve de fundamento à sua atuação, as diferentes feições que o amparo normativo necessário ao agir administrativo do Estado assume a depender do objeto e conteúdo externados pela ação administrativa propriamente dita (o que denominaremos, oportunamente, de “pano de fundo circunstancialmente delineado”) e a exigência – decorrente, saliente-se, do próprio princípio da legalidade aplicado à Administração Pública - de que esse suporte normativo, necessário à concreção daquela *conformidade jurídico-normativa*, contenha normas consagradoras de *parâmetros de atuação*.

⁵⁰ Sobre a problemática envolvendo a *definição* do princípio da legalidade, leciona Eisenmann: “A definição do princípio de legalidade, o seu sentido exato apresentaria então alguma dúvida? Não estariam pois assentados, não teriam sido conseguidos com integral certeza? Saber-se-ia sem sombra de equívoco ou dúvida qual o conceito e qual o preceito que correspondem a esta expressão? Dizer que a Administração deve respeitar a lei, observá-la como uma norma superior que a obriga, resignar-se a ela, dizer que a ela está sujeita ou subordinada, que em consequência seus atos devem ser legais, não seria enunciar proposições perfeitamente claras, de que não resultariam quais outros esclarecimentos elas pudessem reclamar ou admitir?” (EISENMANN, 1959, p. 47-48).

1.1. A LEGALIDADE ADMINISTRATIVA “PANO DE FUNDO”: O ORDENAMENTO JURÍDICO MULTIFÁRIO E SUA CORRELAÇÃO QUANTO À APLICABILIDADE PRÁTICA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Primeiramente, portanto, cumpre avaliar, brevemente, a forma como se apresenta, hoje, à Administração Pública, o ordenamento jurídico que lhe serve de fundamento à sua atuação. No atual estágio do direito administrativo brasileiro, se podemos concordar com a assertiva de que aquele, como parâmetro à atuação administrativa do Poder Público, não pode mais restar circunscrito à lei em sentido formal⁵¹ - o que Karl Larenz denominou de o “caráter mítico de uma estrita vinculação da Administração Pública à lei” (LARENZ, 1985, p. 153) -, também se nos afigura verdadeiro – e com maior correção -, nos parece, sustentar que o mesmo não pode restar circunscrito a *uma* determinada espécie de manifestação normativa do Estado – mesmo a própria Constituição Federal⁵². Afinal, “numa perspectiva em que se pretenda vislumbrar o verdadeiro significado jurídico da legalidade administrativa, há de se considerar que essa se desdobra em várias espécies normativas” (MAFFINI, 2005, p. 297).

O ordenamento jurídico administrativo pátrio, pautado num constatável policentrismo funcional-administrativo como decorrência de uma inarredável necessidade de ajustamento da Administração às vicissitudes presentes no desenvolvimento do Estado moderno⁵³, assenta-se em aparato normativo volátil e multiordeado, marcado pela crescente pluralidade de fontes

⁵¹ “O declínio da legalidade em sua versão original, cuja substância formal é a lei em sentido formal - o que lhe confere caráter meramente procedimental - já no instante da sua instituição se instala quando a burguesia se dá conta de que a Administração não poderia funcionar tolhida por ela; quando a burguesia se dá conta sobretudo de que não poderia proficientemente colocá-la a seu serviço (dela, burguesia) tangida pela legalidade, do que resulta a institucionalização de duas válvulas de escape: a discricionariedade e as ordens de necessidade (regulamentos)” (GRAU, 2008, p. 181).

⁵² Na brilhante lição do ilustre jurista Ruy Cirne Lima, “a Constituição é, sem dúvida, o padrão de algumas leis e a origem de alguns direitos, mas não o é de todas as leis, nem de todos os direitos”, porque, “em realidade, a Constituição não é só a estruturação política, nem é, também, toda a ordem jurídica. O seu lugar entre as fontes do Direito Administrativo cabe-lhe, porém, - não por qualquer desses característicos isoladamente, - e sim, porque, embora seja a mais poderosa e eficaz de todas as leis, dentre quantas concernem ao Direito Administrativo, é, não obstante, uma lei” (CIRNE LIMA, 1987, p.37).

⁵³ Apesar de nos referirmos ao Estado “moderno”, é interessante notar como, desde os primórdios do desenvolvimento da ciência administrativista brasileira, já se notava como a Administração Pública ostentava um caráter volátil a depender do regime jurídico vigente. Retornamos à lição de Ruy Cirne Lima: “A República, proclamada em 15 de novembro de 1889 e plasmada juridicamente na Constituição de 24 de fevereiro de 1891, transforma as antigas províncias em Estados; institui apenas três poderes, - Legislativo, Executivo e Judiciário; suprime a jurisdição administrativa do Conselho de Estado. Um presidente, eleito pelo povo, passa a exercer o Poder Executivo. Duas Câmaras, de formação e duração diferentes, fazem as leis. Duas jurisdições, a federal e a estadual, distribuem a justiça. Larga e fecunda é a obra dos administradores republicanos. Eles empreendem e realizam a reconstrução do país. Adquire, por isso mesmo, a administração brasileira um sentido novo: flexibiliza-se, expande-se, move-se, vive” (CIRNE LIMA, 1987, p. 32).

produtoras de normas das mais variadas espécies⁵⁴. De fato, “assiste-se a uma progressiva indeterminação e abertura densificadora da normatividade a favor da Administração Pública que, por esta via, adquire um crescente ativismo na revelação e construção das soluções concretas e regulamentares, conferindo-se uma inerente maleabilidade à legalidade administrativa” (OTERO, 2003, p. 894). Atual, portanto, a doutrina de Hely Lopes Meirelles, quando sustenta que o “Estado moderno, para o completo atendimento de seus fins, atua em três sentidos – *administração, legislação e jurisdição* - e todos eles pedem orientação ao Direito Administrativo, no que concerne à organização e ao funcionamento de seus serviços, à administração de seus bens, à regência de seu pessoal e à formalização de seus atos de administração” (MEIRELLES, 2014, p. 41).

Assim, aquela conformação defendida como núcleo substancial do princípio da legalidade não decorre – e nem poderia decorrer – de um esquema que enxergue uma necessária e pontual *primazia normativa* desta ou daquela norma em particular – ainda que reconheçamos a crescente centralidade constitucional na teoria das fontes do Direito (OTERO, 2003, p. 22) -, mas de um premente e constante diálogo com dito caráter multifacetário pelo o qual o Direito se manifesta no plano concreto⁵⁵, sendo na ordenação normativa de tal conjuntura jurídica que se concretizará o que aqui chamamos de *pano de fundo* à atuação administrativo-estatal. A ideia da legalidade, com efeito, foi se encorpando, para designar o dever de a Administração observar muito mais do que as meras regras legais em sentido estrito (SUNDFELD, 2017, p. 37)⁵⁶.

É da maior importância ressaltar, neste tocante, que o princípio da legalidade administrativa convive harmonicamente com tal *multiplicidade de fontes normativas* presente no direito administrativo brasileiro da atualidade, cujo reconhecimento, ademais, não arrefece sua aplicação, não o “mitiga”, mas o adorna de uma nova formatação que, não reclamando sua

⁵⁴ Fenômeno já percebido por Eisenmann em 1959, ao afirmar que “o princípio de legalidade define uma relação entre os atos - ou as ações da Administração e não mais tão-somente as normas legislativas, mas, no mínimo, tôdas as espécies de normas de direito que têm ou podem ter a marca daqueles atos; ‘a legalidade’, como objeto, é, no mínimo, o conjunto dessas normas oriundas de fontes diversas” (EISENMANN, 1959, p. 48). E arremata: “o princípio de legalidade determina, portanto, uma certa relação entre os atos ou as ações administrativas e a massa imensa de normas gerais e de normas individuais” (EISENMANN, 1959, p. 50).

⁵⁵ Deveras, leciona Odete Medauar que não se restringe, “o princípio da legalidade, à exclusiva observância da lei ordinária votada pelo Parlamento” (MEDAUAR, 2017, p. 170). No entanto, a mesma doutrinadora alerta que a “ampliação das fontes normativas internas e externas gera a chamada *inflação de normas* ou *inflação legislativa*, gerando incerteza e insegurança jurídica” e que “a contínua substituição de uma norma por outra e a sobreposição de textos, no âmbito interno, também se insere nessa rubrica” (MEDAUAR, 2017, p. 174). O apontamento, com efeito, faz-se pertinente, e é, a nosso ver, merecedor de aprofundamento. No entanto, não será objeto deste ensaio.

⁵⁶ A propósito, “Dizer que não há nada de justo ou de injusto além daquilo que as leis positivas ordenam ou proíbem é dizer que antes de se traçar o círculo todos os raios não são iguais” (MONTESQUIEU, 2000, p. 12). A citação integra a Parte I, Livro Primeiro, Capítulo I, da célebre obra *O Espírito das Leis*, publicada pela editora Martins Fontes em 2000.

“superação”, exige apenas um novo acomodamento prático em sua operabilidade. O princípio da legalidade da Administração Pública, compreendido sob uma perspectiva que o desvencilhe de suas clássicas amarras legais, que enxergue no seu exato sentido aquela precitada obrigatoriedade de observância, por parte do Poder Público, de que sua conduta administrativa guarde uma *conformidade jurídico-normativa* que, por sua vez, dialoga com uma ordenação jurídica complexa e versátil, sobrevive em plenitude a tais transformações observáveis na atual configuração do direito público, a qual, grifada num intercâmbio *horizontalizado* de normas várias, reivindica seja nela mais minuciosamente aferido o suporte jurídico à atuação administrativa do Estado.

Entretanto, sublinhe-se que esse *pano de fundo* por nós sustentado, a saber, que esse amparo jurídico de que necessita a Administração Pública para fundamentar sua atuação, em decorrência da legalidade a que deve observância, para além de restar fundado numa complexa pluralidade normativa, é sempre desenhado de acordo com as particularidades que o ato, que a conduta administrativa em si, apresenta. O regramento jurídico presente no direito administrativo brasileiro implica que tal suporte revista-se de *modelagem normativa circunstancialmente delineada*, como se fará ver. Neste ponto, ademais, sublinhe-se que “ordenamento jurídico” e “amparo jurídico-normativo” são expressões que, da forma em que empregadas neste ensaio, não se confundem. O suporte normativo à atuação administrativa do Poder Público é, sim, *extraído* do ordenamento jurídico, mas constrói-se não somente sob seu alvitre, vez que dialoga com o próprio conteúdo e com a própria forma que determinado agir administrativo em si encerre. Assim, a ordenação jurídica do Estado brasileiro conglera um conjunto multiordenado de manifestações normativas a partir das quais, e tomando em conta a própria externalização da conduta administrativo-estatal, se extrairá aquele *pano de fundo jurídico-normativo* que alicerça a viabilidade jurídica desta mesma conduta.

1.2. O AMPARO JURÍDICO CIRCUNSTANCIALMENTE DELINEADO: A IMPORTÂNCIA DO CASO CONCRETO NA DELINEAÇÃO DO *PANO DE FUNDO* AO AGIR ADMINISTRATIVO

O *pano de fundo* jurídico à atuação administrativa do Estado, a saber, o amparo normativo necessário à fundamentação de determinada conduta administrativa exarada pelo Poder Público, assume diferentes feições a depender do objeto por este externado, com todas os fatores práticos que essa externalização, em si, apresenta. Em outras palavras, a conjuntura jurídica sobre a qual, porventura, se alicerçará o ato administrativo do Estado - ou, por outro lado, que servirá de fundamento ao reconhecimento da irregularidade de determinada atuação estatal -, é desenhada de acordo com as peculiaridades próprias que o caso concreto apresenta. Significa dizer, aquele *pano de fundo*, de cunho jurídico-normativo, consubstanciado em alicerce ao comportamento administrativo exarado pela Administração Pública, é – e deve ser – circunstancialmente delineado pelo caso concreto, pelo ato em si que se apresenta no plano fático, mormente pelo conteúdo que em si alberga, à luz, é claro, do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, por exemplo, quando o Presidente da República, via Decreto, extingue cargos e funções públicas vagos no âmbito da Administração Pública federal, o amparo normativo de tal ato é encontrado – no ordenamento jurídico - diretamente no texto constitucional⁵⁷ e nele resta, em sua completude, circunscrito – o *pano de fundo*, aqui, desvela-se concretamente mais “simples” de ser percebido, averiguado. Uma vez que a própria Carta Constitucional expressamente prevê os elementos necessários a que se proceda, administrativamente, à extinção perpetrada, ela em si constitui, por si só, o amparo normativo àquela⁵⁸. Todavia – ainda exemplificativamente -, um ato administrativo exarado pela subchefia de órgão público subalterno de Estado-membro que concede promoção funcional a servidor integrante do seu quadro pode ter como fundamento direto um ato administrativo delegatário de competência,

⁵⁷ Referimo-nos, aqui, ao art. 84, inciso VI, alínea *b*, da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 32 de 2001, a seguinte norma: Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VI – dispor, mediante decreto, sobre: b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

⁵⁸ Em análise à semelhante situação, mas, no caso, referentemente ao dever constitucional de licitar, pondera Sundfeld que a “Constituição cravou com clareza em suas normas as situações específicas – de resto, bastante abrangentes – em que a licitação seria mandatária. O constituinte, portanto, não optou pelo laconismo; tampouco por ser exemplificativo. Foi, ao contrário, indiscutivelmente claro e taxativo, não deixando margem a dúvidas” (SUNDFELD, 2015, p. 25).

que por sua vez tem como fundamento Resolução interna fundada em dispositivo do Decreto Estadual regulamentador da Lei regional de Processo Administrativo, alicerçando-se, ainda, a promoção em previsão da Constituição Estadual que, por sua vez, está em conformidade com o previsto na Constituição Federal. O ato concessivo, ainda, ampara-se, juridicamente, em Instrução Normativa que estabelece o rito procedimental à sua viabilização, normativo este que, a seu turno, se assenta em parecer vinculante da Procuradoria-Geral do Estado, cuja vinculatividade decorre de sua lei interna de organização, como previsto, também, na Constituição do Estado-membro. Note-se como, nesse último exemplo, são identificáveis ao menos nove fontes normativas, as quais, dialogando entre si, consubstanciam o amparo normativo à concreção do ato funcional no plano fático, concreto. Nesse último caso hipotético, o *pano de fundo*, circunstancialmente delineado a partir das peculiaridades do ato que se deseja externar, conglomerava, diferentemente do primeiro exemplo, uma pluralidade normativo-jurídica, sendo nesta mesma pluralidade que se verificará o atendimento ao princípio da legalidade administrativa.

Assim, quando afirmamos que o princípio da legalidade aplicado à Administração Pública impõe um dever de conformidade jurídico-normativa entre o agir administrativo e o ordenamento jurídico, deve-se ter em mente, reiterando-se, que essa conformação é aferida no plano prático, concreto, uma vez que o amparo normativo é, nesse plano, circunstancialmente delineado, não podendo restar tal conformação, portanto, reduzida a um esquema pré-definido que elenque, a priori, determinadas espécies normativas como salutares à validade, em tese, da externalização desta ou daquela conduta estatal administrativa em particular. Deve-se avaliar o agir administrativo *in concreto*, à luz do ordenamento jurídico, e, a partir daí, identificar as normas representativas de seu amparo jurídico-normativo, tal como o demanda o princípio da legalidade aplicado à Administração Pública.

1.3. A NECESSIDADE DE QUE O SUPORTE JURÍDICO À ATUAÇÃO DO ESTADO ENCERRE NORMA CONSISTENTE EM *PARÂMETRO DE ATUAÇÃO*

Ademais, cumpre pontuar que o suporte normativo necessário à atuação administrativa do Estado deve encerrar o que aqui chamaremos de *parâmetro de atuação*. Significa dizer, o amparo jurídico à externalização de determinado agir administrativo deve conter – seja esse amparo fundado em um diploma legal em particular, seja ele fundado numa pluralidade normativa – uma norma de cujo conteúdo se permita, com razoável grau de certeza, inferir um comando jurídico *permissivo* orientado ao Estado para que este proceda de determinada forma. Em termos práticos, entre o ordenamento jurídico e a conduta administrativa externada, é desejável que se estabeleça uma relação pautada, notadamente, em norma de natureza *não preponderantemente abstrata*: a correlação norma e ato deve guardar, assim, certa concreção, ser juridicamente aferível no caso concreto e em relação ao que foi pelo Poder Público externado no exercício da função administrativa. A aplicabilidade prática do princípio da legalidade aplicado à Administração Pública também revela tal faceta.

Veja-se, quanto à presente linha de raciocínio, que a relação estabelecida pelo princípio da legalidade pode ser assim mentalizada: de um lado, há a conduta administrativa propriamente dita – os atos exarados pela Administração Pública; de outro, o ordenamento jurídico; entre esses dois polos, situa-se o que aqui constantemente pontuamos como “amparo jurídico”, “suporte normativo” ou, mesmo, “pano de fundo à atuação administrativa”. Note que a consubstanciação prática de tal suporte jurídico-normativo não demanda um olhar voltado apenas ao “Direito”, ao “ordenamento jurídico” – a somente um dos polos do relacionamento supracitado -, mas também, e sobretudo, à conduta, ao ato administrativo, ao seu conteúdo, ao seu objeto, aos seus efeitos, etc. Aliás, “não pode ser olvidado que à administração, como poder estatal democraticamente legitimado, cabe um âmbito de responsabilidade autônomo entre o dador de leis e os tribunais” (MAURER, 2001, p. 57).

Todavia, a legalidade administrativa demanda não apenas que a vontade de cunho administrativo do Estado conforme-se com determinado suporte jurídico circunstancialmente aferido, mas que deste suporte extraia-se, no caso concreto, um regramento a partir do qual se possa razoavelmente deduzir uma espécie de *consentimento normativo* à conduta administrativa perpetrada. Aqui, e isto é importante ressaltar, não se está defendendo aquela tradicional

submissão do agir administrativo a um comando normativo de cunho eminentemente *autorizativo*. Alinhamo-nos, quando ao ponto, à tese segundo a qual prescinde a Administração Pública de uma expressa e prévia “autorização jurídica” para agir desta ou daquela forma⁵⁹. O que a legalidade administrativa exige, na prática, é que a conduta externada pelo Poder Público encontre suporte em aparato jurídico assentado em uma ou mais normas que, concretamente, encerrem em seu íntimo a possibilidade e/ou a faculdade de a Administração Pública agir de determinado modo, viabilizando-o, ou seja, que a conjuntura normativa invocada ao alicerce da sua atuação abrigue normas que diretamente dialoguem com o conteúdo externado por determinada vontade administrativa do Poder Público.

Neste ponto, exsurge relevante preocupação, também, com a segurança jurídica, no viés de princípio consagrador do dever de observância de certo grau de *previsibilidade* da conduta do Estado em prestígio ao que legitimamente dele se espera⁶⁰. A operabilidade prática do princípio da legalidade aos casos concretos, sobretudo quando do exercício da atividade controladora sobre a Administração Pública, evidencia, com clareza, o exercício empreendido na identificação desta norma consagradora do que aqui chamamos de *parâmetro de atuação*. Ao ser chamado a verificar a legalidade de determinado ato administrativo, o órgão controlador – seja ele o Judiciário, os Tribunais de Contas, o Ministério Público, o próprio órgão público, etc. – pode até envidar esforços em legitimá-lo à luz de princípios constitucionais vagos (o que a prática forense nos demonstra, até, em demasia⁶¹), mas quase sempre tal legitimação também se dará sob o amparo de uma outra norma que efetivamente contenha aquele comando *permissivo* sobre a atuação objeto de verificação. Nesta senda, é interessante notar como o princípio da legalidade administrativa não deixa, também, de preconizar que a atuação do Estado deva observar, em certa medida, uma regra de *tipicidade*. Não uma tipicidade

⁵⁹ Alexandre Santos de Aragão aponta, corretamente, “a inviabilidade de se adotar uma visão rígida da legalidade, pela qual a Administração Pública só poderia fazer aquilo que a lei previamente a autorize” (ARAGÃO, 2004, p. 56). Aproveitamos a lição precitada para já manifestarmos nossa concordância com a adjetivação proposta pelo autor – *rígida*. Entendemos que a mesma representa mais fielmente aquela conotação comumente referenciada como legalidade “estrita”. O que há, de fato, é uma feição, uma projeção propriamente, *rígida* do princípio da legalidade em alguns casos.

⁶⁰ Na lição de Rafael Maffini, “No que tange a direitos e garantias fundamentais, o princípio da legalidade administrativa tem por principal desiderato dimensionar com significativa previsibilidade quais os meios de atuação estatal que, nas mais variadas formas, podem restringir liberdades outorgadas aos cidadãos” (MAFFINI, 2005, p. 299).

⁶¹ Com efeito, Floriano de Azevedo Marques Neto aponta que “Essa principiologia decisória vem sendo utilizada, pelo Judiciário brasileiro, notadamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988” (NETO; FREITAS, 2019, p. 23), havendo, “na cultura jurídica, uma deferência abstrata e um baixo compromisso prático com a segurança jurídica (NETO; FREITAS, 2019, p. 71). Carlos Ari Sundfeld, em sentido análogo, afirma que “Vive-se hoje um ambiente de ‘geleia geral’ no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão” (SUNDFELD, 2017, p. 205).

estritamente considerada, que demande uma lei formal autorizativa que preveja detalhadamente as hipóteses e o conteúdo de sua atuação administrativa, mas que exija que, no ordenamento jurídico, haja uma norma que, concretamente, com esta se correlacione, que a “permita” no caso concreto.

A principal consequência prática do sustentado no presente tópico, no entanto – e em estreita relação à argumentação retro -, reside na vedação, em tese – e em virtude do princípio da legalidade administrativa -, de a Administração Pública fundamentar sua atuação *exclusivamente* em normas de conteúdo reconhecidamente abstrato - como interesse público, moralidade, impessoalidade, etc. -, porquanto, despidas tais normas daquela natureza de *parâmetros de atuação*, não têm as mesmas o condão de edificar, por si sós, o suporte normativo necessário à concretização dessa mesma atuação. Destarte, e a título exemplificativo, o comumente invocado princípio do interesse público não contém, em seu âmago, uma norma que concretamente albergue um *parâmetro de atuação*, no sentido de que dele, isoladamente considerado, não se pode extrair um comando permissivo – genérico ou específico - à conduta administrativa, mas sim um comando – ou um “estado de coisas a se alcançar” - de natureza essencialmente orientativa, para além de, é claro, servir de parâmetro controlador sobre a atividade da Administração Pública. Por certo, o Poder Público pode nele fundamentar sua conduta, mas esta, em obediência à legalidade administrativa, também deve estar amparada por outras normas que, situando-se em plano de maior concreção prática, correlacionem-se diretamente àquela. O mesmo diga-se em relação à moralidade, à impessoalidade, à eficiência, dentre outros⁶². Afinal, há equívoco em extrair efeitos bastante concretos de princípios genéricos e abstratos (SUNDFELD, 2015, p. 31-32).

A Administração Pública, neste sentido, não pode conduzir sua atuação à margem do ordenamento jurídico sob o beneplácito de alegado atendimento a princípios de conteúdo vago - como, por exemplo, o da dignidade da pessoa humana -, sob pena de, até, contrariá-los por

⁶² De modo que nos permitimos, data vênia, discordar da lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, quando sustentam - comentando o art. 37, *caput*, da Constituição Federal - que os princípios da Administração Pública traduzem “preceitos normativos de previsão de atitudes concretas”. Transcreve-se a lição para fins de contextualização: “O dispositivo constitucional comentado confere à legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência a natureza jurídica de princípios, que são preceitos fundantes da ordem constitucional, reitores dos comportamentos do poder público. Não são apenas preceitos normativos de previsão de atitudes concretas, circunstância que os igualaria a qualquer outra norma positivada. São, sim, elementos que formam o corpo de estatuto e de libertação que compõem a Constituição. Por isso é que não são estáticos, mas dinâmicos; não são concretos, mas abstratos, na medida em que sua concretude se aplica a determinada situação; não são fechados, mas abertos, com incidência e conteúdos que podem variar no tempo e no espaço” (NERY JÚNIOR; NERY, 2017, p. 565-566).

rebote⁶³. A legalidade administrativa, desse modo, impõe que, na conformidade entre a conduta administrativa e o ordenamento jurídico, apresente-se uma relação normativa que, do ponto de vista jurídico, seja concretamente aferível, e não abstratamente sustentada⁶⁴. “O profissional do Direito, ao construir soluções para os casos, tem um dever analítico. Não bastam boas intenções, não basta intuição, não basta invocar e elogiar princípios; é preciso respeitar o espaço de cada instituição, comparar normas e opções, estudar causas e consequências, ponderar as vantagens e desvantagens. Do contrário, viveremos no mundo da arbitrariedade, não do Direito” (SUNDFELD, 2017, p. 206). Saliente-se, por oportuno, que não se está, com isso, refutando a *força normativa* dos princípios e das demais normas de conteúdo jurídico abstrato ou vago. Pelo contrário, no intento de delinear o conteúdo da legalidade aplicado à Administração Pública, o seu correto sentido, ressaltando-se aquelas normas consistentes em *parâmetros de atuação*, quer-se, também, evitar o manejo impreciso e inexato da reconhecida normatividade por aqueles princípios e demais normas ostentada, manejo tal que se desvela potencialmente previsível se se possibilitar que a conduta administrativa encontre tão somente neles o seu *amparo jurídico-normativo*.

1.3.1. NORMAS “PARÂMETRO DE ATUAÇÃO” E NORMAS “PARÂMETRO DE CONTROLE”: UMA DEMARCAÇÃO DISTINTIVA NECESSÁRIA

É preciso, nesta senda, reconhecer, outrossim, que o princípio da legalidade administrativa, sob o viés em que até aqui examinado, promove, em sua aplicabilidade prática, uma demarcação distintiva entre normas que encerram *parâmetros de atuação* e normas que, por outro lado, consubstanciam *parâmetros de controle*. Enquanto as primeiras expressam o suporte jurídico necessário à externalização da conduta administrativa nos casos concretos, as segundas fornecem, principalmente, os critérios de aferição da validade desta mesma conduta frente ao ordenamento jurídico. Por óbvio, a discriminação aqui proposta não é estanque, e

⁶³ Afinal, “A ilegalidade mais grave é a que se oculta sob a aparência da legitimidade. A violação maliciosa encobre os abusos de direito com a capa virtual de pureza” (TÁCITO, 1954, p. 6).

⁶⁴ Neste sentido, leia-se excerto de acórdão exarado pelo Tribunal Regional da 5ª Região: “A legalidade administrativa impõe que ato administrativo esteja vinculado ao ordenamento jurídico, de modo que a imposição de obrigações, a realização de proibições ou mesmo o reconhecimento de um direito, via de regra, retire a sua validade de atos normativos estatais” (Processo nº 08123979420214058100, Remessa Necessária Cível, rel. Des. Rogério De Meneses Fialho Moreira, 3ª Turma, julgado em 17/03/2022).

normas que contenham aquele defendido *comando normativo permissivo* também funcionam como parâmetro controlador da atividade administrativa. Da mesma forma, normas especialmente consistentes em parâmetros de controle também podem, porventura, e não raras vezes, sustentar juridicamente determinado agir administrativo – e isso, inclusive, fundamentado na legalidade administrativa propriamente dita.

No entanto, cumpre reconhecer, também, a existência de normas que ostentam, no âmbito da sistematização dicotomizada aqui proposta, uma natureza prevalecte quanto a uma das categorias antes mencionadas. Com efeito, cite-se os princípios administrativos, como o da segurança jurídica, do interesse público, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da própria legalidade, dentre outros, os quais exercem, concretamente, muito mais a função de parâmetro *controlador* da atividade administrativa do que, propriamente, daquele suporte jurídico necessário à sua externalização prática, à atuação administrativa propriamente dita. Assim, por exemplo, uma norma que estabeleça que a Administração Pública poderá convalidar seus atos, nas hipóteses e atendidos os requisitos que elenca, encerra um verdadeiro *parâmetro de atuação* (o ordenamento jurídico, aqui, *consente* que o Poder Público, no plano concreto, *convalide* seus atos), aquele conteúdo normativo permissivo que alicerçará, porventura, a opção convalidatória externada, ainda que o amparo jurídico desta mesma ação também contenha, porventura, invocação ao princípio da segurança jurídica. Neste caso, saliente-se, o referido princípio, em que pese sirva de suporte à referida atuação, incide, todavia, mais concretamente, como um dos vários critérios de aferição da validade e da legitimidade deste agir administrativo em particular, até porque, na prática, dele que se extrai a norma segundo a qual, em certos casos, deve-se reconhecer que a permanência do “inválido”, notadamente pelo instituto da convalidação, afigura-se a medida jurídica mais justa e correta a ser adotada⁶⁵. Mas o que se faz mister destacar é que a aplicabilidade prática do princípio da legalidade, seja ao administrador, seja aos órgãos incumbidos do exercício de controle sobre a Administração Pública, dialoga muito mais com essa norma consubstanciadora de parâmetro de atuação do que com aquelas que encerram, preponderantemente, parâmetros de controle, justamente por

⁶⁵ Afinal, “A tolerada permanência do injusto ou do ilegal pode dar causa a situações que, por arraigadas e consolidadas, seria iníquo desconstituir, só pela lembrança ou pela invocação da injustiça ou da ilegalidade originária” (COUTO E SILVA, 2015, p. 20). O autor precitado examina com maestria o papel da segurança jurídica como parâmetro de controle da atividade administrativa do Estado. Vide *Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo* e *O princípio da segurança jurídica no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei 9.784/99)*, artigos constantes da fundamental obra *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Contemporâneo*, publicados pela editora Malheiros em 2015.

serem as primeiras as que fornecem, aos casos concretos, a base sobre a qual se exsurge o amparo jurídico necessário à consecução prática de determinada conduta administrativa exarada pelo Estado.

1.4. O SENTIDO POLIVALENTE DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Do exposto até aqui, sublinhe-se, portanto, que a multiplicidade das fontes normativas que marca o ordenamento jurídico, a maleabilidade com que este se reveste na delimitação do *pano de fundo* à atuação administrativa e o reconhecimento da necessidade de que esta dialogue com uma norma consubstanciadora de um *parâmetro de atuação* são os principais fatores ao reconhecimento de que o princípio da legalidade, no direito administrativo brasileiro contemporâneo, não é, semântica e juridicamente, unívoco, mas essencialmente *polivalente*. A legalidade administrativa, de fato, não pode ser compreendida, repita-se, sobre um esquema estático, vez que inserida, em sua aplicabilidade prática, em ambiente complexo, multifatorial e dinâmico.

O princípio da legalidade aplicado à Administração Pública não pode, deste modo, mais ser encarado sob jargões tradicionais e genéricos consistentes em um “dever de observância da lei e do Direito” ou na “obrigatoriedade de atuação dentro dos limites da lei”⁶⁶. Tais propostas conceituais – muito vinculadas a um sentido de legalidade *objetiva* (HERNÁNDEZ, 2014, p. 32) e, ainda, por oportuno que se diga, muito presentes no direito brasileiro⁶⁷ -, negligenciam o

⁶⁶ No entanto, cite-se a lição de Bruno Miragem, que, avaliando a legalidade administrativa em perspectiva aplicativa ao direito do consumidor, assenta que “Dentre os princípios fundamentais do direito administrativo encontra-se o princípio da legalidade, cujo conteúdo impõe que os agentes públicos atuem vinculados aos limites estabelecidos por lei, em vista da realização dos comandos normativos. Neste sentido, o estrito cumprimento das normas de direito do consumidor estabelecidas no CDC e em outras leis não constitui mera faculdade da autoridade administrativa, senão exigência legal intransmissível. Da mesma forma, não se há de considerar, em muitos setores, o afastamento das normas legais de direito do consumidor, em face de outras normas oriundas do poder regulamentar da administração (infralegais), ou mesmo normas legais contraditórias. As normas do CDC constituem normas legais especiais frente a outras de regulação da atividade administrativa geral, razão pela qual devem prevalecer. A vinculação da autoridade pública à lei, assim, determina o estrito cumprimento das normas de defesa do consumidor” (MIRAGEM, 2019, p. 87). Interessante, destarte, notar como o relacionamento imposto pela legalidade pode, sim, assumir uma feição mais “rígida”, talvez, em decorrência do âmbito jurídico em que aplicada.

⁶⁷ Colacionam-se, a título exemplificativo, excertos dos seguintes julgados: “Deve-se enfatizar que a Administração Pública está sujeita ao princípio da legalidade, e não pode realizar atos sem a existência de previsão legal” (TJAL, Processo nº 0727969-27.2014.8.02.0001; rel. Des^a. Elisabeth Carvalho Nascimento, 2ª Câmara Cível, julgado em 04/08/2022); “A Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade (art. 37, caput, CRFB/1988), de modo que esta somente pode agir dentro do normativo legal, ou seja, do que a lei permite” (TJDF, Acórdão 1401505, 07020240220218070018, rel. Des^a. Ana Cantarino, 5ª Turma Cível, julgado em 23/2/2022, *DJe* 3/3/2022); “Sendo uma garantia Constitucional, não pode o Poder Executivo deixar de atender as requisições do Legislativo, primando sempre pela Legalidade Administrativa” (TJMG, Remessa Necessária Cível nº 1.0000.21.062012-6/001, rel. Des. Carlos Roberto de Faria, 8ª Câmara Cível, julgado em 22/11/2021); “Importante salientar que a luz do princípio da legalidade, a administração pública só deve efetuar aquilo que a lei lhe permite, não havendo espaço para manobras extras, pois como verificado a perícia deve ser efetivada por “peritos judiciais” cargo este não existente no quadro dos servidores” (TJPR, Processo nº 0014272-

conjunto dos fatores presentes na operabilidade prática da legalidade aos casos concretos, numa vã tentativa de resumi-los a um padrão dentro do qual ela não mais se amolda. E as soluções muitas vezes empreendidas para contornar as balizas que tais visões limitativas perpetuam concentram-se justamente nas recentes tendências doutrinárias e jurisprudenciais orientadas ao *temperamento*⁶⁸, à *mitigação* e à *releitura* da legalidade administrativa, transformada em verdadeiro “espantinho” do direito público moderno, muito pela ineficiência acadêmica em compreender, pragmaticamente, o verdadeiro sentido prático que ela ostenta na atualidade.

Retornemos, contudo, ao objeto central de análise deste capítulo. Onde reside, propriamente, a *polivalência* aqui sustentada? Ela reside, em decorrência das ponderações até aqui deduzidas, na compreensão de que o princípio da legalidade administrativa não traduz, propriamente, uma relação entre a Administração Pública - entre o “Estado-administrador” - e o ordenamento jurídico. Não há, deveras, na operabilidade prática do princípio em apreço, um relacionamento subjetivo-objetivo, mas substancialmente uma relação *inter-objetiva*, entre dois termos ou objetos (EISENMANN, 1959, p. 48). Dessarte, o princípio da legalidade administrativa expressa uma relação não entre o Poder Público, orgânica e subjetivamente considerado, e o Direito, mas entre o *ato* por este externado e aquele ordenamento jurídico complexo e multifário, de cujo se extrairá, no caso concreto, a norma consagradora daquele necessário amparo normativo. Em outras palavras, o princípio da legalidade administrativa traduz uma relação entre a *conduta administrativa* do Estado, amplamente considerada, e uma

80.2020.8.16.0000, rel. Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Carlos Mauricio Ferreira, 2ª Câmara Cível, julgado em 31/05/2021); “A Administração Pública deve se pautar pelo princípio da legalidade estrita, e não com base em hipóteses de que haverá benefício para a máquina pública ao empossar candidata atualmente qualificada, mas que, à época, não possuía os requisitos exigidos para o cargo” (TJRR, Apelação Cível nº 0818095-09.2017.8.23.0010, rel. Des^a. Tânia Vasconcelos, Primeira Turma Cível, julgado em 15/04/2019); “A Administração Pública está sujeita ao Princípio da Legalidade Estrita, o que lhe veda conceder quaisquer vantagens ou benefícios não previstos em lei, sendo exatamente esta a hipótese dos autos: há vedação à concessão do benefício em favor da parte autora, em obediência ao Primado da Legalidade Pública” (TJRS, Recurso Cível nº 71010480028, Terceira Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, rel. Des. Alan Tadeu Soares Delabary Junior, julgado em 29/07/2022); “a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, não sendo possível que atue de forma diversa daquela prevista na lei, somente podendo agir em conformidade com os ditames legais” (TJTO, Apelação Cível nº 0003054-37.2020.8.27.2720, rel. Des^a. Jacqueline Adorno De La Cruz Barbosa, julgado em 01/12/2021, *DJe* 13/12/2021).

⁶⁸ No entanto, tratando do que chama de “legalidade temperada”, com muito acerto pondera Juarez Freitas: “Com efeito, o princípio da legalidade só experimenta significado nessa interação com os demais princípios e direitos fundamentais. Quer dizer, pensar o Direito Administrativo exclusivamente como mero conjunto de regras legais seria subestimar, de forma ruinosa, a complexidade e a riqueza do fenômeno jurídico-administrativo. Dito isso, deve haver respeito à legalidade, sim, mas encartada no plexo de ponderações que a qualifiquem como sistematicamente justificável (interna e externamente). Não significa, no entanto, que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao Direito. Não. A legalidade temperada requer a observância cumulativa de princípios em sintonia com a teleologia constitucional, para além do textualismo estrito. A justificação apresenta-se como respeito fundado e racional. Não é servidão ou vassalagem, mas acatamento livre e concomitante à lei e ao Direito” (FREITAS, 2013, p. 60-61).

ordenação jurídica que, a seu turno, é marcada pela pluralidade normativa e por dosada maleabilidade, vez que dela será circunstancialmente aferida a identificação do suporte jurídico àquela. Daí a polivalência, na medida em que inúmeras formas de manifestações de *conformidade jurídico-normativa* surgem no âmbito de tal relacionamento, quando se observa, frise-se, a aplicação prática do princípio da legalidade administrativa⁶⁹.

Em síntese, e isto é importante que se saliente, da legalidade administrativa não decorre uma imposição abstrata de que a Administração Pública, no exercício da função administrativa que lhe é ínsita, observe “as leis e o Direito” ou as “normas jurídicas lato sensu”. Tal observância decorre da própria matriz e da natureza do Estado de Direito, sendo, ademais, alicerçada em princípios outros, como a impessoalidade e a moralidade. O que a legalidade administrativa factualmente demanda, em sua aplicabilidade prática, é que a conduta pela Administração Pública exarada encontre um amparo jurídico que, a seu turno, será delineado de acordo com o próprio conteúdo do que for por aquela externado no plano fático, à luz do ordenamento jurídico. O princípio da legalidade administrativa, repita-se, não mais comporta formulações teóricas que se olvidem da forma pela qual o direito administrativo brasileiro se apresenta e da forma como concretamente opera. Não é mais cabível aliar-se a teses que engessam a legalidade dentro de visões supérfluas que diminuem seu conteúdo a um suficiente dever de “observância legal” de feição semântica e juridicamente unívoca. Pelo contrário, o conteúdo normativo da legalidade administrativa exprime, entre a atuação administrativo-estatal e o ordenamento jurídico, um relacionamento normativo complexo, o qual, desenhado a partir de cada caso concreto, fornece o suporte, o fundamento de legitimidade à atuação perpetrada, concretamente aferível, reitere-se, a partir das peculiaridades que este mesmo caso concreto encerre.

E, como sustentado anteriormente, lembremos que o tão destacado suporte jurídico necessário à atuação do Estado também com esta deve dialogar, para além de, também, assentar-se no ordenamento jurídico propriamente dito. Como visto, a circunscrição prática daquele *pano de fundo jurídico-normativo* trava, com efeito, um duplo diálogo: com o Direito

⁶⁹ Cumpre rememorar que, na lição de Cezar Saldanha, “O ordenamento jurídico pode e deve ser olhado teleologicamente. Em nível mais elevado e abstrato estão os valores jurídicos, o verdadeiro *telos* do direito, o direito enquanto valores fundamentais do convívio sócio-político. Em nível intermediário dá-se o processo deliberativo: a sociedade, mediante instituições políticas, inspirada nos valores jurídicos fundamentais, interpretados segundo linhas ideológicas historicamente situadas, extrai, dialogalmente, frente às situações concretas da vida, decisões que fixam normas gerais que haverão de regular o convívio na *polis*. Em nível concreto, os operadores do direito, mormente a administração e o judiciário, agem concretamente na sociedade, prestando serviços e resolvendo conflitos.” (SOUZA JUNIOR, 2014, p. 10) (grifos no original)

e com a própria natureza, conteúdo e forma da manifestação administrativa externada. Nesta senda, cumpre ressaltar que não apenas o ordenamento jurídico apresenta-se, hoje, à Administração Pública, de forma complexa, multiordenada, multifária, mas também as próprias formas de manifestação do agir administrativo. De fato, a Administração Pública não atua somente mediante a edição de atos administrativos em sentido estrito, mas também – e em larga escala - mediante a produção de atos normativos, a apresentação de projetos de lei, o planejamento de políticas públicas, e, destaque-se, mediante uma *processualização* legalmente ordenada e cada vez mais presente na realidade dos entes administrativos (logo, semelhantemente à própria feição jurídica do princípio da legalidade, a conduta administrativa do Poder Público também não representa, no plano prático, manifestações de natureza unívoca). Aliás, “a função administrativa talvez nunca tenha se limitado a executar a lei ou a executar e lei de ofício. Embora norteadas pelo Princípio da Legalidade, a função administrativa não tem o fim único de executar a lei, desempenhando amplo rol de atividades que propiciam serviços, bens, utilidades, dificilmente ‘enquadráveis’ na rubrica ‘execução da lei’” (MEDAUAR, 1993, p. 53). Nessa constatável “pluralidade metodológica” da qual se vale a Administração Pública para que pratique seus atos em sentido amplo, corrobora-se, outrossim, a *polivalência* do sentido abrigado pela legalidade administrativa.

Tomemos como exemplo uma determinada administração municipal que deseje aumentar os vencimentos de seus servidores públicos. Uma das normas extraíveis da legalidade administrativa, neste caso, é que este ato, ou melhor, que o suporte jurídico de que necessita veicule-se por intermédio de *lei* em sentido formal. No entanto, sublinhe-se este ponto: o princípio da legalidade administrativa não demanda uma genérica submissão do Poder Público a essa específica manifestação normativa – “lei em sentido formal” – aliás, tão corriqueiramente atacada por parcela da doutrina administrativista pátria. Todavia, na hipótese em apreço, extrai-se, sim, o dever de observância da reserva de lei formal – veja-se: não se trata de um dever abstrato de observância de dita reserva para a *Administração Pública*, mas de um concreto preceito jurídico a ser observado para o específico *ato de aumento remuneratório* que esta deseja formalizar -, uma vez que, *neste caso*, a obrigatoriedade de tal reserva funda-se em norma expressa constante do ordenamento jurídico brasileiro (de assento constitucional), a qual estabelece a necessidade de lei para que se aumente a remuneração do funcionalismo público⁷⁰

⁷⁰ Referimo-nos, aqui, ao art. 37, inciso X, da Constituição Federal, o qual, *in verbis*, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, dispõe o seguinte: “a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”.

(note como o relacionamento é entre o *ato* – aumento de remuneração – e o ordenamento jurídico – norma que estabelece a reserva de lei formal⁷¹ -, e não propriamente entre o Poder Público e o “Direito”; este último, aliás, é um relacionamento não apenas de índole jurídica, normativa, mas também e essencialmente política, derivado não necessariamente desta legalidade administrativa aplicada ao Poder Público, que é o objeto central do presente trabalho, mas do próprio desenho institucional do Estado). Mas não só isso. O aumento pretendido deve, outrossim, observar uma série de outras normas, como a Lei de Responsabilidade Fiscal, as diretrizes orçamentárias internas do ente político - expressadas por leis ordinárias - e mesmo decisões vinculantes de nossa Suprema Corte quanto ao tema, sendo justamente neste intercâmbio jurídico-normativo, construído a partir desta conduta administrativa em particular, que se desvelará o suporte jurídico à concretização do ato, o *pano de fundo* circunstancialmente delineado à atuação administrativa.

Assim, percebe-se, a legalidade administrativa impõe que o *conteúdo* da conduta administrativa do Estado encontre, dialogue e observe um amparo jurídico que lhe será próprio, porquanto, a depender da manifestação administrativa exarada, esse amparo jurídico-normativo pode assumir diferente concreção prática. Em suma, e conclusivamente, não decorre do princípio da legalidade administrativa o dever de o Poder Público observar, em sua atuação, “x”, “y”, ou “z” – são, a propósito, esses tipos de formulações vagas e imprecisas que reclamam superação. O que o princípio da legalidade administrativa estabelece, se o fôssemos empregar em semelhante formulação, é o dever de que *a conduta administrativa* “a” observe “x”, que a conduta administrativa “b”, por sua vez, observe “y” e “z” - ou “y” ou “z” -, etc., a fim de que tais hipotéticas manifestações contenham suporte e base jurídicos e, por conseguinte, prestigiem o princípio da legalidade na forma em que aqui sustentado.

De todo o exposto neste capítulo, vê-se que a legalidade aplicável à Administração Pública não se traduz, em verdade, numa abstrata “vinculação administrativa ao Direito”, mas na correta identificação do exato sentido que esta vinculação possui na aplicação prática das normas pelo princípio encampadas e concretamente identificáveis (OTERO, 2003, p. 15). Para tanto, “o direito administrativo tem de ser visto em sentido amplo, como a área do conhecimento que estuda as normas jurídicas que se aplicam à Administração, independentemente do ramo a

⁷¹ A reserva legal é encarada, por expressiva parcela da doutrina e jurisprudência brasileiras, como um *subprincípio* da legalidade administrativa que, “no direito público brasileiro guarda, acima de tudo (mas não somente), uma relação nuclear com a proteção dos direitos de liberdade e propriedade das pessoas contra atos ablativos ou ablatórios da Administração Pública” (RODRIGUES, 2005, p. 56).

que se ligam. Reduzir o direito administrativo ao sentido mais estrito – isto é, ao conjunto da legislação exclusivamente administrativa – é deixar de lado e minimizar grande parte das normas que se aplicam à Administração e que são fundamentais para a vinculação dela ao Direito” (SUNDFELD, 2017, p. 127-128).

Ainda, quando defendemos que a legalidade administrativa impõe, fundamentalmente, aquele dever de *conformidade jurídico-normativa* entre a atuação administrativa do Estado e o ordenamento jurídico (com todas as nuances aqui detalhadas que tal conformação encerra), também se almeja desvesti-la de determinadas conotações que nela depositam certas expectativas exageradas, destoantes da forma como hoje se apresenta e se aplica aos casos concretos. Deveras, afirmar, na atual conjuntura do desenvolvimento do direito administrativo brasileiro, que o princípio da legalidade administrativa contém normas orientadas à “proteção dos direitos fundamentais” ou à “liberdade do cidadão frente à atuação do Estado” representa, no mais das vezes, um irrefletido alinhamento a posicionamentos científicos que se afastam de sua observação empírica, que se olvidam em fornecer um substrato jurídico consistente a respeito de sua real significação prática⁷². Se tais proposições tinham assento, especialmente, no século passado – e, inclusive, no seu antecedente⁷³ -, no qual a reafirmação do papel da legalidade ao Estado fundava-se em toda uma ambientação política e histórica que, de fato, impunha a necessidade de um engajamento acadêmico orientado sob tais premissas, estas, hoje, reclamam cautelosa reavaliação.

O princípio da legalidade, no âmbito da ciência administrativista brasileira, já se retirou de seu tradicional altar, já foi realocado com seus pares, fruto da compreensão que se trata de uma, dentre várias, das normas aplicáveis à Administração Pública, e não de um suposto *sobreprincípio intangível*, apesar de continuar sendo um elemento estruturante do direito administrativo (CYRINNO, 2017, p. 175) e um princípio basilar de toda a atividade

⁷² Bem observa Odete Medauar que tradicionais conotações acerca do princípio da legalidade “colocaram-se em função de ideais de justiça” (MEDAUAR, 2017, p. 167).

⁷³ Em análise sob uma perspectiva histórica, observa Caio Tácito que o “episódio central da história administrativa no século XIX é a subordinação do Estado ao regime de legalidade. A lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como as autoridades públicas. A liberdade administrativa cessa onde principia a vinculação legal. O Executivo opera dentro em limites traçados pelo Legislativo, sob a vigilância do Judiciário. A êsse fenômeno de legalização da atividade administrativa associa-se, mais recentemente, a tendência de fortalecimento do Poder Executivo. A sociedade liberal, baseada na livre iniciativa, aprofundou-se em contradições e antagonismos. Os interesses se organizaram em grupos, provocando conflitos intoleráveis com os postulados da ordem democrática. O Poder Público foi convocado a disciplinar e conter a atividade privada, sujeitando-a aos princípios do bem comum e da justiça social. O Estado moderno assume, cada vez mais, sentido dinâmico, mediante a regulamentação, o controle ou o monopólio do comércio, da produção, do ensino, do transporte ou, até mesmo, da pesquisa científica. A tônica dos regimes políticos se desloca da abstenção para a intervenção. Intervir para preservar - eis o lema democrático moderno” (TÁCITO, 1954, p.1-2).

administrativa (CARVALHO FILHO, 2015, p. 248). Entretanto, recentes movimentos da academia publicista brasileira evidenciam esforços que, de forma até um tanto paradoxal, retiram a legalidade do banco comum, elevam-na novamente ao altar – pois precisam que ali esteja - para que, visível a todos os olhares, torne-se alvo fácil ao acerto crítico. Em tal cenário, sentada ao fundo, e ainda um pouco tímida, uma nova ideia vê a oportunidade de brilhar: a juridicidade administrativa, a qual “passa a englobar o campo da *legalidade administrativa*, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora” (BINEMBOJM, 2014, p. 148).

2. O SURGIMENTO DA DOUTRINA DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO: O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM XEQUE?

O desenvolvimento do direito administrativo brasileiro, notadamente o verificado nas últimas duas décadas, evidenciou a recepção de um particular instituto que, importado do direito europeu, propõe-se, fundamentalmente, a redesenhar o modelo de vinculação da Administração Pública ao Direito, para cujo atendimento faz-se necessário, por conseguinte, um repensar acerca da significação e da própria pertinência jurídica, na atual conjuntura, do princípio da legalidade àquela aplicado. Trata-se da chamada *juridicidade administrativa*, ideia representativa, sobretudo, de uma necessidade de “superação” do modelo vinculativo tradicionalmente estabelecido pela legalidade administrativa de até então⁷⁴. Introduzida no direito administrativo alemão pelo jurista austríaco Adolf Merkl⁷⁵, a juridicidade administrativa foi, posteriormente, objeto de profundo estudo pelo professor Paulo Otero no seio do direito público português⁷⁶. Em solo brasileiro, foi especialmente analisada pelo publicista Gustavo

⁷⁴ Ressalve-se que Odete Medauar enxerga na juridicidade administrativa um sentido amplo do conceito jurídico da legalidade. Leia-se: “No ordenamento brasileiro, *legalidade* significa basicamente a observância das normas, em sentido amplo (Constituição, princípios, leis, decretos, etc.), também sob o nome de juridicidade” (MEDAUAR, 2020, p. 43). Nessa linha, também leciona Rafael Maffini: “Especialmente após a vigência da Constituição Federal de 1988, doutrina e jurisprudência vêm convergindo num sentido mais amplo da noção de legalidade administrativa enquanto primazia da lei e do Direito. Ocorre que, antes da Constituição de 1988, a compreensão mais usual andava no sentido de que o *único* vetor da validade da atividade de Administração Pública era a estrita legalidade (ou legalidade *stricto sensu*), ou seja, tinha-se uma noção meramente formal da validade da ação administrativa, no sentido de que bastaria esta seguir formalmente o texto literal da lei, para que se concluísse pela sua validade. Nos dias de hoje, tem-se por correta uma noção mais abrangente do que seja a legalidade administrativa (aqui legalidade *lato sensu*). Não se está a defender, por óbvio, a desimportância da legalidade estritamente considerada, mas não se mostra adequado considera-la o único elemento componente da validade da ação administrativa (...) exige-se mais do que isso, no sentido de que, para a validade da ação administrativa, não basta que seja formalmente compatível com a lei; é também necessário que esteja substancialmente em consonância com toda a principiologia do Direito Administrativo (...) Tal leitura – que vem sendo denominada de ‘juridicidade administrativa’ – abarca tanto a legalidade formalmente considerada (compatibilidade com a lei) quanto a principiologia como um todo (consonância com o Direito), correspondente à feição moderna da legalidade, no que tange ao plano de validade no Direito Administrativo” (MAFFINI, 2016, p. 43-44).

⁷⁵ “A vinculação da Administração não se circunscreve, portanto, à lei formal, mas a esse *bloco de legalidade* (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico), a que aludia Hauriou, que encontra melhor enunciação, para os dias de hoje, no que Merkl chamou de *princípio da juridicidade administrativa*. Foi essa a influência que determinou a inserção, no art. 20, §3º, da Lei Fundamental de Bonn, da vinculação do Poder Executivo e dos Tribunais à lei e ao direito (*sind an Gesetze und Retch gedunben*). Tal ideia, de vinculação ao direito não plasmado na lei, marca a superação do positivismo legalista e abre caminho para um modelo jurídico baseado em princípios e regras, e não apenas nestas últimas” (BINEMBOJM, 2014, p. 147). Registre-se, por oportuno, que a obra de Adolf Merkl não será objeto de estudo deste ensaio, o qual se atentará à forma pela qual a juridicidade administrativa foi e o é, hoje, concebida no âmbito do direito administrativo brasileiro. Todavia, em relação ao renomado jurista e referentemente ao tema sob análise, citamos a obra, traduzida ao espanhol, *Teoría general del derecho administrativo*, publicada em Madrid pela Revista de Derecho Privado em 1935, e *Gesammelte Schriften: Dritter Band: Verwaltungsrecht - Zeitgenossen Und Gedanken* (reunião de estudos sobre o direito administrativo), publicado pela editoria Duncker & Humblot em dezembro de 2005.

⁷⁶ Referimo-nos à obra *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, publicada pela Editoria Almedina em 2003.

Binembojm, cuja obra de referência em relação ao tema⁷⁷ logo tornou a si olhares de ilustres representantes de nossa doutrina especializada⁷⁸, bem como de nossa jurisprudência⁷⁹, formando-se, conseqüentemente, uma - ainda tímida - “academia informal” em sua defesa⁸⁰.

A doutrina da juridicidade administrativa, traduzida essencialmente num esforço de reformulação teórica acerca do princípio da legalidade aplicado à Administração Pública, sob uma orientação geral expressada, principalmente, numa releitura constitucional do direito administrativo⁸¹, funda-se, de fato, em instigantes premissas - cuja solidez é atestada num grau de certeza, até, invejável. Uma, em particular, chamaremos, por ora, à análise, ainda nestas linhas introdutórias, a saber, a premissa da “crise do direito”. O propósito de redefinição de basilares institutos do direito administrativo, dentro do qual situa-se a ideia da juridicidade administrativa, proclama, destarte, uma flagrante “*crise dos paradigmas do direito administrativo*” (BINEMBOJM, 2014, p. 9). O direito administrativo está em crise, dizem⁸². No que concerne à ideia da juridicidade propriamente dita, identificam-se, nesse alegado contexto de conflagração jurídica, supostos anacronismos em singulares sentidos ainda ostentados pelo princípio da legalidade, os quais reclamariam, urgentemente, suplantação, num verdadeiro engajamento vocacionado ao desapego de certas “raízes dogmáticas” àquele correlacionadas. Todavia, e esta é a principal questão a ser levantada, entende-se por necessário perquirir: existe, verdadeiramente, essa crise, a assentar ditas pretensões teóricas? Por certo, uma “crise” exige reforma (ainda que não seja desta imprescindível requisito), de modo que se faz imperioso questionar sua própria presença, ou seja, sua real vivência no panorama jurídico

⁷⁷ Trata-se da obra *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, cuja primeira edição, publicada pela Editora Renovar, data de 2004.

⁷⁸ Citamos, a título exemplificativo, Carlos Ari Sundfeld, Odete Medauar, Rafael Maffini, André Cyrino, Luís Roberto Barroso, dentre outros.

⁷⁹ Vide RE 632853, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2015, DJe-125, publicado em 29/06/2015.

⁸⁰ Registre-se, por oportuno, que, em 1978, Caio Tácito referiu-se, talvez de forma inédita na academia publicista brasileira, ao “*princípio da juridicidade*”, em artigo publicado pela Revista de Direito Administrativo, vol. 133, p. 59-69. Segundo o autor, o princípio traduzia-se numa “supremacia da lei sobre o poder de autoridade” (TÁCITO, 1978, p. 59). No entanto, asseverou-se que a referência supracitada foi adotada de forma isolada, não da forma pela qual é hoje encarado o novel instituto no âmbito do direito administrativo brasileiro contemporâneo.

⁸¹ Luís Roberto Barroso assenta a necessidade de construção de um “direito administrativo constitucional”, a partir da “incidência do neoconstitucionalismo e da constitucionalização do Direito sobre o direito administrativo”. Tais citações são constantes do prefácio de *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, publicado pela editora Renovar em 2014.

⁸² Interessante notar que, em 1952, José Saldanha de Gama e Silva referia-se, à época, a uma “crise de juridicidade” verificável no Direito (GAMA E SILVA, 1952, p. 2).

brasileiro, a fim de que as propostas que nela estejam sustentadas guardem uma razão de ser. Afinal, nada mais conveniente que a instabilidade ao embasamento da “renovação”⁸³.

Nossa tese, em tom preliminarmente conclusivo, é a de que não há, no plano fático e jurídico, esse sugestivo cenário de recessão na esfera que concerne ao direito administrativo brasileiro. A alegada “crise dos seus paradigmas” - consubstanciando expressão semanticamente “carregada” - oculta, real e subjacentemente, a nosso ver, um natural e pragmático *desenvolvimento* da ciência administrativista nacional, no qual a evolução do conceito da legalidade concerne ao desenvolvimento da concepção do próprio Estado (SANTOS NETO, 2003, p. 161). Deveras, reconhecer a proeminência das normas constitucionais na atual confecção do direito administrativo contemporâneo, sustentar a derrocada do clássico princípio da *supremacia do interesse público*, reavaliar a viabilidade da sindicância judicial sobre o *mérito* dos atos administrativos e afirmar a necessidade de superação da legalidade *estrita*, dentre outros desígnios representativos dessa “virada de jogo” assistida no âmago do direito público brasileiro, são argumentos que não conduzem, necessariamente, à segura conclusão de que se testemunhe uma efetiva *crise* em tal disciplina jurídica, mas antes, reitere-se, uma visível – e *previsível* - *evolução jus-dogmática*⁸⁴. No entanto, e, quanto a este ponto, especificamente no que toca à juridicidade administrativa, a crença na subsistência dessa difundida “crise” é o fator determinante à inserção de tal novel instituto no âmbito do direito administrativo brasileiro, visto aquela fornecer uma aparente *solução* a variados “males” cuja perpetuação nessa mesma crença se assenta, dizentes tais, sobretudo, com o princípio da legalidade administrativa, o qual passa a ser irrefletidamente ofuscado a fim de àquela outorgar passagem tranquila e segura guardada no sistema jurídico

⁸³ Faz-se mister pontuar que José Vicente Santos de Mendonça, em artigo intitulado *A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo*, publicado pela Revista de Direito Administrativo em 2014, vol. 265, defende que “Ao contrário do que afirma parte da doutrina brasileira de direito administrativo, este texto vai sustentar que a mudança de paradigma na área não ocorreu com a relativização da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, a ascensão da noção de juridicidade como argumento jurídico de controle da ação pública, ou o uso crescente do método da ponderação de interesses. Tais alterações, que são importantes, ainda se mostram compatíveis com o que este artigo irá chamar de estilo tradicional de direito administrativo. O verdadeiro processo de ruptura de paradigmas — um processo incompleto e ainda em curso — dá-se com a ascensão dogmática e prática do novo estilo de direito administrativo” (MENDONÇA, 2014, p. 181).

⁸⁴ Odete Medauar, nessa linha, enxerga como “habitual” a utilização da expressão “crise” no âmbito do direito administrativo a fim de designar sua natural evolução científica. Leia-se: “O termo *crise*, de uso frequente para o direito em geral, para o Estado, para determinadas figuras jurídicas, referido ao direito administrativo expressa a situação de passagem para um novo modelo de sua elaboração. Adquirido o *status* de ciência autônoma, edificada sua estrutura sistemática fundamental, seu nível de maturidade permite que evolua, sem riscos de diluição das suas características científicas. Parece habitual a atitude de qualificar como crise a situação de renovação de antigas regras e equilíbrios. Também frequente se torna a afirmação de que as crises constituem oportunidades de mudança dos sistemas humanos; é na medida em que há crises dos modos de raciocínio assentados que surgem possibilidades de mudança. Este é o significado da crise atribuída ao direito administrativo: a passagem para um momento de modificação de antigas concepções” (MEDAUAR, 2017, p. 386).

brasileiro. Este especial fenômeno, entretanto, que vem se operando no direito administrativo pátrio contemporâneo, concernente especificamente à legalidade, não pode passar despercebido e inconsulto - a despeito do louvável intento “saneador” com o qual se apresenta. A diferença, destarte, entre a cura e o veneno está na quantidade da dose, e não se cura a doença matando o doente⁸⁵.

O jurista Daniel Sarmiento, em análise à crise dos paradigmas do direito *constitucional*, alerta que “há os que, talvez por medo do desconhecido, negam as transformações, pugnando pela conservação dos institutos jurídicos tradicionais, congelados no tempo, como se eles vigorassem em um mundo etéreo e pudessem resistir olímpicamente às mutações que sacodem a sociedade. Mas há também os que incorrem no vício oposto, pretendendo, arrogantemente, erigir novas categorias conceituais do nada, desconstruindo todo o saber jurídico tradicional sedimentado ao longo do século, como se ele fosse de nenhuma valia. Porém, entre estes extremos é possível buscar um ponto de equilíbrio, no qual, por um lado, se reconheça a necessidade da reformulação de idéias e conceitos da ortodoxia constitucional, para torná-los mais compatíveis com a realidade contemporânea, mas, por outro, não se abandone, em nome de modismos estéreis e fúteis, os valores humanitários que inspiraram o advento e a evolução do constitucionalismo” (SARMENTO, 1999, p. 20). Valendo-se da lição citada quanto ao objeto ora em análise, resta-nos questionar: a ideia da juridicidade administrativa, da forma que o é concebida pela doutrina e jurisprudência brasileiras, encerra um modelo teórico suficiente à compreensão da forma pela qual se opera a vinculação administrativa ao Direito e que, por

⁸⁵ Daniel Sarmiento afirma tal anedota em artigo em que analisa a *crise dos paradigmas do direito constitucional*. Faz-se mister a transcrição de seletos excertos, pois guardam estrita relação com o que aqui se está examinando: “A crise nos paradigmas do Direito Constitucional não ocorre de forma repentina. Pelo contrário, ela reflete um complexo processo ainda curso, decorrente de uma multiplicidade de fatores heterogêneos. cujos resultados ainda não estão completamente definidos. Atravessamos, na verdade, uma era de transição, onde os cânones tradicionais da teoria constitucional já não respondem plenamente às exigências da sociedade contemporânea, mas ainda não surgiram princípios suficientemente sólidos para substituí-los. Assim, ainda é prematuro falar-se em um novo direito constitucional da pós-modernidade. Porém, a partir de alguns dados já conhecidos, pode-se entrever um quadro pródigo em paradoxos e incertezas, envolvendo as questões centrais que a teoria constitucional terá de enfrentar nos próximos anos”. O autor prossegue: “Para resolver a crise que atravessa o direito, o pós-modernismo propõe, em apertada síntese, a substituição do modelo jurídico da modernidade, fundado no monopólio estatal do uso legítimo da força e da produção de normas jurídicas, por um sistema jurídico policêntrico, voltado para a autorregulação e para a resolução consensual dos conflitos. O direito pós-moderno toma-se mais flexível e menos autoritário. O Estado cada vez menos dita normas imperativas de conduta, de baixo para cima, e cada vez mais procura soluções negociadas com as partes interessadas. Ao invés de obrigar, através de regras coercitivas, o Estado tenta induzir os atores sociais à observância de comportamentos que considera positivos. Em outras palavras, o direito estatal é reduzido ao mínimo, a partir da constatação de que ele, além de ineficiente, sufoca e engessa a sociedade. No plano constitucional, o pós-modernismo tende a esvaziar a Constituição do seu conteúdo substancial e de sua carga axiológica, convertendo-a em norma procedimental de uma era pós-intervencionista”. Ao fim, conclui: “Portanto, se, por um lado, é inegável a crise do constitucionalismo moderno, por outro, a solução preconizada pelo pós-modernismo não a resolve. Não se cura a doença matando o doente” (SARMENTO, 1999, p. 28, 29, 32 e 33).

consequente, permita, efetivamente, confirmarmos a hodierna obsolescência do princípio da legalidade da Administração Pública? Ou, ao revés, se trata, dentro do direito brasileiro, de uma mera “nova categoria conceitual” que negligencia o saber jurídico pretérito que, com muito labor, se construiu sobre o princípio da legalidade? Entendemos que ambas as questões não comportam respostas afirmativas. Foram intencionalmente formuladas para que possamos refletir e ponderar certas ressalvas.

A tese deste ensaio, no que toca a tal prematuro instituto, é a de que a proposta encabeçada pela juridicidade administrativa, no âmbito do direito administrativo brasileiro, é insuficiente à correta compreensão acerca da operabilidade prática do princípio da legalidade e do exato sentido de que este se adornou, principalmente no final da segunda metade do século XX e nas últimas duas décadas. Deveras, num largo engajamento à afirmação da centralidade constitucional, do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais e da Administração Pública “pautada no indivíduo”, identificam-se precipitadas e contestáveis conclusões, traduzidas, no mais das vezes, num ensejo de “desvendar” que reitera o trivial, num afã de “inovar” que repete o velho. A doutrina da juridicidade administrativa, destaque-se, fomenta o debate a respeito de relevantíssimas questões, mas não encerra nenhum “descobrimto”, nenhum “achado” que até então estivesse oculto e inexplorado pela ciência administrativista. Munida de argumentação fortemente persuasiva, sinaliza, em relação à legalidade administrativa, sintomas de *deformação*, mas parece, em relação à mesma, mais querer “renomeá-la”⁸⁶ do que propriamente compreendê-la, e, em tal engenho, assentado numa insistente anunciação quanto à necessidade de que a vinculação administrativa, centralizada na Constituição, paute-se em relação ao “Direito”⁸⁷ – e não mais à temerosa *lei em sentido formal*⁸⁸

⁸⁶ Na lição de Odete Medauar: “As inúmeras fontes normativas e a ideia de um princípio da legalidade diferente do clássico convidam muitos autores a mudar o seu nome para *princípio da juridicidade* (por exemplo, sem indicar as obras já citadas: Luís Roberto Barroso, Pierre Devolvé, Marco Macchia)” (MEDAUAR, 2017, p. 170).

⁸⁷ Tal sentido, ademais, já o era, de há muito, compreendido no conteúdo próprio da legalidade administrativa. Veja-se excerto de acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça de Sergipe, que, inclusive, menciona a juridicidade enquanto forma de controle: “Nos termos do artigo 37, “caput”, CF, a Administração Pública, sob pena de cancelar o arbítrio, submete-se sim à legalidade, compreendida no horizonte de sentido dos demais princípios e regras da Constituição, de modo a manter a integridade e coerência no exercício das competências administrativas. Trata-se da concepção segundo a qual todos os atos e disposições da Administração pública submetem-se ao Direito, devem estar conforme o Direito, cuja desconformidade configura violação do ordenamento jurídico. Em virtude do objetivo de reduzir práticas arbitrárias da Administração Pública em matéria atinente ao regime jurídico dos concursos públicos adota-se hodiernamente um controle de juridicidade qualificada” (Agravo de Instrumento nº 202100828157, rel. Des^a. Ana Bernadete Leite de Carvalho Andrade, 2^a Câmara Cível, julgado em 27/05/2022).

⁸⁸ Registre-se, nesta senda, que Eisenmann, em profunda análise acerca da noção de legalidade, já sustentava, no início da segunda metade do século XX, que o argumento segundo o qual o princípio da legalidade ditava a observância compulsória, pela Administração Pública, à lei, neste incluía “normas constitucionais e normas legislativas ordinárias” (EISENMANN, 1959, p. 50). Em defesa, no entanto, de uma *absoluta* submissão da Administração à lei, vide interessante artigo de Wilson Vasconcellos, *O controle da legalidade da administração pelo poder legislativo*, publicado pela Revista de Direito Administrativo em 1966.

–, olvida-se em fornecer suporte subsistente ao entendimento de como, concretamente - afinal, “o Direito é concebido em função de necessidades práticas e operativas” (MELLO, 1999, p. 86) -, realiza-se o complexo relacionamento entre a atuação administrativa e o ordenamento jurídico, relacionamento tal que não pode mais ser visto sob o prisma da imprescindibilidade de um primado normativo pontual – incorrendo-se no risco de, sob a ótica da juridicidade, *supervalorizar-se a Constituição* (SUNDFELD, 2017, p. 134) -, mas de uma constatável *horizontalidade normativa intercambiável*. Com efeito, refletindo a respeito do “modelo de legalidade” a ser defendido, e em tom crítico à perspectiva da juridicidade, com acerto pondera André Cyrinno, assentando que “deve-se, antes de tudo, rejeitar idealizações, as quais não contribuem para a efetiva transformação da administração pública brasileira. A legalidade precisa ser tomada em seu contexto real, para, a partir disso, avaliarem-se custos, riscos, consequências e necessidades” (CYRINNO, 2017, p. 198).

É preciso reafirmar o princípio da legalidade administrativa, compreendendo, com precisão, os sentidos que hoje alberga⁸⁹. Muitas são suas formas de manifestação. Notória e incontestada é a sua importância ao direito administrativo e ao funcionamento da Administração Pública. Dificultoso, contrariamente ao que se poderia pensar, é o trabalho de cuja realização se identificam suas normas fundantes. Já em 1996, Caio Tácito afirmava que, “no plano conceitual, a noção estrita do princípio da legalidade adquire, no tempo, novas conotações, enriquecendo e ampliando o sentido original dos direitos individuais do homem e do cidadão” (TÁCITO, 1996, p. 1). Faz-se mister, nesta senda, desmistificar anunciadas “crises” e confrontar as premissas que sobre elas são estabelecidas. É preciso objetar personalismos e

⁸⁹ Não nos esqueçamos, na lição de José Afonso da Silva, que “O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado. A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei.” (SILVA, 2014, p. 123). Ressalvamos, outrossim, pertinente alerta de Eros Grau, segundo o qual “Há que notar, por um lado, que a mera referência a um princípio pode ser enganadora. Tome-se como exemplo o princípio da legalidade, que está na raiz tanto dos comportamentos públicos quanto privados. Não resta dúvida quanto ao fato de que, sempre que posso coagir judicialmente um devedor contratual ao cumprimento de uma prestação, sob a disposição contratual que autoriza à coação judicial há uma permissão de lei para tanto. A singela referência, sem explicitação, portanto, ao princípio da legalidade, na sujeição a ele da Administração, é imprecisa e insuficiente” (GRAU, 2010, p. 118). Ainda, colacionamos excerto da doutrina de Eisenmann: “parece-me, pelo contrário, que tão logo alguém se dedica a analisar com precisão e a comparar as concepções ou as idéias dos diversos autores, ou diversas concepções do mesmo, evidencia-se sem demora que elas estão longe de se ajustarem; donde conclui-se que não se poderia considerar a concepção do princípio de legalidade como praticamente adquirida, certa, fora de discussão. Ao contrário, é preciso nela refletir, e elucidá-la com o maior cuidado” (EISENMANN, 1959, p. 48).

evitar a repetição irrefletida do *aparentemente* correto. É preciso questionar a ambientação dentro da qual sobejam propostas “reformuladoras”. São tais as razões que motivam o presente capítulo, destinado ao acurado exame a respeito do surgimento da *juridicidade administrativa* no direito público brasileiro contemporâneo e da plausibilidade jurídica de seu assento principiológico. Afinal, “de nada adiantará a crescente sofisticação teórica alcançada pelos pensadores se, usando o pretexto e o charme da teoria, o que os teóricos estiverem fazendo não for além de puro voluntarismo. A caricatura dos princípios é um problema real, importante, que precisa ser enfrentado” (SUNDFELD, 2017, p. 206).

Para o cumprimento da presente proposição crítica em relação à doutrina da juridicidade administrativa, quer-se, sobretudo, confrontar três aspectos pela mesma defendidos. Num primeiro momento, desejamos avaliar o que talvez seja o principal alicerce à formulação teórica em apreço, qual seja, a defesa consistente na substituição da lei, em sentido formal, pela Constituição no centro de conformação e aferição da conduta administrativa do Estado⁹⁰. Neste

⁹⁰ Para Binembojm, destarte, “Verifica-se, assim, o surgimento de uma verdadeira *Constituição administrativa*, que, por um processo de *autodeterminação constitucional*, se emancipou da lei na sua relação com a Administração Pública, passando a consagrar princípios e regras que, sem dependência da *interpositivo legislatoris*, vinculam direta e imediatamente as autoridades administrativas. A Constituição, assim, deixa de ser mero programa político genérico à espera de concretização pelo legislador e passa a ser vista como norma diretamente habilitadora da competência administrativa e como critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administração” (BINEMBOJM, 2014, p. 37). Note que o acerto da argumentação supraexposta depende do reconhecimento de um suposto efeito “*obstativo*” que a lei porventura promovesse no relacionamento da Administração Pública com a Constituição. É este efeito que, todavia, não se nos releva no plano fático-jurídico. A tradicional *primazia da lei formal* sobre a atividade administrativa jamais obstaculizou essa “imediatez normativa” traduzida numa direta legitimação da ação administrativa extraída do texto constitucional. Um dos muitos exemplos que podemos citar é a norma constitucional constante do art. 37, inciso II, da Constituição Federal, a qual foi largamente invocada pelo Supremo Tribunal Federal na década de 90 – e ainda o é – como fundamento *coibitivo* de condutas administrativas que se dessem ao atropelo da exigência constitucional do concurso público ao provimento de cargos e empregos públicos, como, por exemplo, a prática da “ascensão funcional” – práticas tais, a propósito, muitas vezes externadas por intermédio de *leis* federais, estaduais e municipais. Em tais julgados, a Administração Pública, *em obediência à legalidade*, devia necessária observância ao preceito constitucional em comento, não a uma *lei em sentido formal*. De modo a carecer de uma precisa significação aquele próprio processo “emancipatório” que alegadamente perpetrou-se entre Constituição e lei, porquanto o mesmo pressupõe, entre tais espécies normativas, uma prévia relação *subordinativa* destoante da realidade jurídica. No entanto, sublinhe-se que, na linha de pensamento de Binembojm, leciona também Lígia Casimiro: “Desde seu advento, o Direito Administrativo é demandado a modificar, e o vem fazendo, suas bases de pensamento tradicional e conservador — pautadas exclusivamente na lei formal — compromissadas apenas com o cumprimento das funções de cunho puramente técnico-administrativo. Os princípios constitucionais que conformam e informam o Direito Administrativo são disposições fundamentais à organização jurídica administrativa e à ordenação social, no sentido da atuação prestacional. São embaixadores do diálogo diário com a sociedade, irradiando-se por diferentes normas como critérios de compreensão para a atuação atenta e competente daquilo que é designado pela constituição como finalidade precípua e única do Estado: a promoção da dignidade da pessoa humana. É sob este enfoque que se deve desenvolver a doutrina do Direito Administrativo, considerando a constituição como seu primeiro instrumento de orientação, e atuando de forma a equilibrar a tutela dos interesses coletivos e individuais como condição primeira para a vida em sociedade, além da própria proteção dos direitos fundamentais. Nesse contexto, os valores acolhidos pela Constituição passam a ser paradigmas do sistema jurídico totalmente vinculantes da atividade administrativa. Sua inobservância macula a democracia e seu comportamento administrativo desvinculado de tal compromisso gera insegurança ao sistema” (CASIMIRO, 2007, p. 115-116).

ponto, pretendemos sustentar que, tomando-se em conta o recente desenvolvimento jurídico a respeito do conteúdo da legalidade administrativa, referida pretensão não guarda uma sustentabilidade prática propriamente dita, a saber, não descreve, precisamente, um atual e “novo” fenômeno observável que reclame forçoso reconhecimento acadêmico, mas, antes, consubstancia, com o perdão à redundância – embora necessária – única e literalmente uma “pretensão”, uma ideia a tão somente reforçar o suposto ideal normativo, preeminente e distintivo, do qual se agasalham as normas constitucionais no esquema de definição dos parâmetros de atuação e controle sobre a atividade administrativa⁹¹.

A objeção à referida orientação funda-se, a seu turno, notadamente na constatação de que a operabilidade prática da legalidade administrativa, hodiernamente, refuta, ela mesma, uma suposta e abstrata *centralidade jurídico-normativa*, vez que dialoga com uma ordenação jurídica complexa e multifária⁹². Se o princípio da legalidade da Administração Pública não comporta mais a tradicional saliência da *lei em sentido formal* em seu núcleo substantivo, da mesma forma não adequadamente o define essa necessária “*convergência constitucional*”. Reitere-se isto: a legalidade administrativa, a que deve observância o Poder Público, não mais resta dimensionada a um plano normativo necessariamente *hierarquizado*, porquanto se manifesta por meio do estabelecimento de um premente diálogo entre normas várias e originadas de fontes profusas, situadas em plano *horizontalizado*, em que a eventual *primazia* de determinada espécie normativa sobre outra não decorrerá de um modelo conceitual, mas essencialmente das circunstâncias concretas, dos efeitos e do próprio conteúdo revestido por determinado agir administrativo⁹³, à luz de um ordenamento jurídico, frise-se, normativamente

⁹¹ “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” (SANTIAGO, 2014, p. 12).

⁹² A propósito, convém destacar que os “ataques” à formulação clássica do princípio da legalidade no âmbito do direito administrativo brasileiro, comumente atribuída a Hely Lopes Meirelles, negligenciam, muitas vezes, que este mesmo autor, em relação ao princípio em apreço, leciona que é “evidente que, além da atuação conforme a lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos” (MEIRELLES, 2014, p. 90). A ideia que enxerga na legalidade uma necessária vinculação positiva à lei não foi por Meirelles desenhada e imposta ao direito administrativo brasileiro. Antes, foi fruto de um desenvolvimento ainda muito prematuro da ciência administrativista em solo brasileiro, a qual encontrava-se, sobretudo, empenhada em “desvendar” teorias estrangeiras.

⁹³ Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, no qual a ampliação de direito previsto em lei municipal, no caso concreto, por atender a regramento constitucional, não configurou, ao olhar da Corte, transgressão à legalidade, o que, a nosso ver, desvela-se correto, justamente pelo fato de o órgão jurisdicional ter promovido esse *diálogo* entre as espécies normativas aplicáveis na espécie. Transcreve-se, pela relevância, a ementa: PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. SOBRINHO CURATELADO ACOMETIDO DE RETARDO MENTAL. PARAPLEGIA ESPASTICA. ENFERMIDADES QUE RECLAMAM NECESSIDADES ESPECIAIS. REDUÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO PELA METADE. SERVIDORA PUBLICA MUNICIPAL. BENEFICIO LEGITIMADO POR PREVISÃO NORMATIVA E POR GARANTIA CONSTITUCIONAL. INEXISTENCIA

*difuso e sistêmico*⁹⁴. Essa defendida “centralidade constitucional”, assim, não ostenta utilidade prática aparente, servindo muito, no mais das vezes, como mero aparato retórico. O atual “sistema de vinculação da Administração Pública ao Direito” – seja este sistema entendido como *legalidade, juridicidade*, etc. - prescinde dessa formatação abstrata que propugne uma determinada e indispensável centralidade normativa. A Constituição não passa a ser o “centro de conformação da atuação administrativa”, porque esta conformação não tem uma centralidade⁹⁵. Nesta senda, o verdadeiramente útil – e trabalhoso - é identificar quais específicos regramentos constantes da Constituição promovem, *concretamente*, uma vinculatividade em relação à atuação do Poder Público no exercício de sua função administrativa.

DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. REEXAME CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Tendo a servidora pública impetrante comprovado que seu sobrinho curatelado é acometido de retardo mental moderado, paraplegia espástica, disfunção neuromuscular e transtornos funcionais do intestino, doenças que demandam necessidades especiais de atenção e zelo, é legítima a redução da jornada de trabalho pela metade (50%), vez que há previsão expressa da Lei Municipal 911/2000, que lhe concede o benefício. 2. Apesar da Lei Municipal nº 911/2000 somente conceder o benefício de redução de jornada apenas aos servidores que tenham filhos com necessidades especiais, omitindo-se em relação aos demais membros da família, o reconhecimento desse direito à impetrante não viola o princípio da legalidade, pois guarda estreita observância com as normas constitucionais que dispensam atenção especial a pessoas portadoras de deficiência e que necessitam de cuidados, sanando as lacunas existentes na legislação municipal. 3. A redução da jornada da impetrante é imprescindível para acompanhar seu sobrinho/ curatelado com deficiência, não merecendo assim a sentença qualquer reforma. 4. Reexame Necessário conhecido e não provido. (Remessa Necessária Cível nº 0043357-37.2018.8.27.2729, rel. Des. Pedro Nelson De Miranda Coutinho, julgado em 28/04/2021, *DJe* 10/05/2021).

⁹⁴ Sob tais premissas que se revela correta, a nosso sentir, a ponderação de Alexandre Santos de Aragão, quando defende a plausibilidade de certas manifestações do poder regulamentar extraírem sua legitimidade diretamente do texto constitucional, ainda que de forma implícita: “É de se destacar, para este efeito, o grande âmbito do poder regulamentar implicitamente atribuído pelo conjunto do ordenamento jurídico, âmbito no qual, muitas vezes, a Administração tem poder regulamentar implicitamente conferido pela própria Constituição (porquê haveria poder para regulamentar leis ordinárias e não a própria lei constitucional?), poder regulamentar este que pode vir a ser extraído até mesmo das normas constitucionais programáticas. Se, por exemplo, a Constituição estabelece que a Administração Pública deve prestar determinado serviço público (fim), não teria sentido que ela, independentemente da existência de lei ordinária, não pudesse regulamentar a sua prestação (meio). Nestas circunstâncias, aquelas competências só alcançarão os seus propósitos se estas (regulamentares) forem admitidas” (ARAGÃO, 2001, p. 124). Nesta linha, ademais, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de consignar que, “em matéria de delegação legislativa, a jurisprudência da Corte tem acompanhado um movimento de maior flexibilização do Princípio da Legalidade, desde que o legislador estabeleça um desenho mínimo que evite o arbítrio” (ADI nº 2304, Tribunal Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 12.04.2018, *DJe* 03.05.2018).

⁹⁵ No entanto, reconhecemos o fortalecimento do papel da Constituição Federal na aplicabilidade prática da legalidade administrativa, como bem ponderou o Superior Tribunal de Justiça: “No Direito Constitucional contemporâneo, inexistente espaço para a tese de que determinado ato administrativo normativo fere o Princípio da Legalidade, tão-só porque encontra fundamento direto na Constituição Federal. Ao contrário dos modelos constitucionais retórico-individualistas do passado, despreocupados com a implementação de seus mandamentos, no Estado Social brasileiro instaurado em 1988, a Constituição deixa em muitos aspectos de ser refém da lei, e é esta que, sem exceção, só vai aonde, quando e como o texto constitucional autorizar”. Todavia, no mesmo julgado, a Corte Superior enxerga na Constituição Federal uma suposta “*superlegalidade*” que, a nosso ver, não diz muito quanto à significação prática de seus efeitos sobre a legalidade “*normal*”. Leia-se: “A Constituição é a norma jurídica por excelência, por ser dotada de superlegalidade. No Estado Social, seu texto estabelece amiúde direitos e obrigações de aplicação instantânea e direta, que dispensam a mediação do legislador infraconstitucional” (Mandado de Segurança nº 14.017/DF, rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 27/5/2009, *DJe* 1/7/2009).

O segundo aspecto a ser enfrentado no presente ensaio, referentemente à juridicidade administrativa, diz respeito a um suposto fenômeno intimamente relacionado àquela já mencionada “*crise dos paradigmas do direito administrativo*”. Trata-se, com efeito, de um dos “paradigmas” alegadamente em crise, a saber, a própria lei, tomada em sentido formal. Afirmar-se a “crise” ou, mesmo, um processo de “*erosão*” pelo qual perpassa a lei editada pelo Parlamento, sustentando-se uma espécie de *arrefecimento* do seu tradicional papel na conformação da atividade administrativa, em decorrência de fatores diversos⁹⁶. Pretende-se, aqui, refutar tal assertiva. Nossa tese, quanto ao avançado ponto, caminha em sentido oposto, propondo-se a sustentar que, da mesma forma como há impropriedade na anunciação dessa genérica “crise dos paradigmas”, também o há nesta em particular. Entendemos que, no que toca a tal específica manifestação estatal normativa, assiste-se, ao revés, a um notável ampliamiento e aprimoramento de sua função no seio do direito público brasileiro contemporâneo. Tomada, inclusive, no contexto do fortalecimento da dogmática da *constitucionalização do direito* e do reconhecimento da *pluralidade normativa* que se faz ínsita ao direito administrativo, adorna-se a lei de fortalecido e indispensável encargo na composição e na própria intercomunicação observada no atual panorama do ordenamento jurídico. É, destarte, não *enfraquecida*, mas chamada à tona, a fim de que cumpra seu íntimo desiderato na exigida regulação legal de uma gama de novas matérias que se lhe apresentam no atual cenário do direito administrativo brasileiro⁹⁷. Afinal, concepções ampliativas do princípio da legalidade podem corresponder “bem logicamente à própria evolução do direito positivo” (EISENMANN, 1959, p. 51.)

O último aspecto a ser enfrentado concerne à relação entre a juridicidade administrativa e a esfera de discricionariedade da Administração Pública. De plano, registramos que o presente ensaio não intenta, propriamente, realizar um aprofundamento a respeito da atuação ou da competência discricionária do Poder Público. O objeto, destarte, não é, precisamente, a *discricionariedade*, mas certos *efeitos* consequentes da teoria da juridicidade administrativa

⁹⁶ E, não raras vezes, alheios à própria ciência jurídica: “O que se percebe com isso é a necessidade de adaptação dos princípios da legalidade e da tripartição dos poderes à atualidade dos reclamos, não só políticos, mas também sociais e econômicos. Isso porque a tradicional produção normativa pelo Poder Legislativo mostra-se tecnicamente despreparada para regulamentar determinadas matérias, além de não acompanhar a dinamicidade das relações sociais da contemporânea sociedade.” (MEDEIROS, 2016, p. 133-134).

⁹⁷ Como bem leciona José Afonso da Silva, “se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer, a lei se elevará de importância, na medida em que, sendo fundamental expressão do direito positivo, caracteriza-se como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição e aí exerce função transformadora da sociedade, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos” (SILVA, 2014, p. 123-124).

sobre esta, uma vez que se sustenta que o modelo vinculativo por aquela prescrito seria mais “rígido”, importando, por conseguinte, a *redução da esfera de atuação discricionária do administrador*. Tal conclusão, entretanto, é contestável. Se se afirma aquela centralidade constitucional como parâmetro à atuação e à própria aferição da conduta administrativa do Estado, deve-se não olvidar de incontestes características pela Carta Constitucional ostentadas que, em via transversa, podem *ampliar* a discricionariedade administrativa. Deveras, ante uma Constituição notadamente assinalada por princípios fundamentais vagos, normas de textura aberta e regramentos de cunho essencialmente programático, não se amplia consideravelmente o “espaço de conformação” do agir administrativo?

Neste tocante, a doutrina da juridicidade, afirmando que tal agir deve obediência não mais *somente* à lei, mas também e precipuamente à Constituição, promove, como se percebe, um raciocínio que, a pretexto de ampliar o parâmetro normativo necessário ao amparo das condutas administrativas, aparenta, de fato, circunscrever em menor espaço o ambiente jurídico dentro do qual pode a Administração Pública concretizar sua atuação, reduzindo-se, conseqüentemente, a discricionariedade administrativa. Todavia, o sistema vinculativo proposto pela ideia da juridicidade não impõe esse duplo atendimento normativo – lei e Constituição⁹⁸. Não. O que ele traduz é a noção de que o suporte à atuação administrativa do Estado *transcende* a lei em sentido formal, amparando-se, *também* – e principalmente, reitera-se -, na letra constitucional, de modo a se reconhecer como legítimas circunstâncias em que um determinado ato administrativo, *ainda que contra legem*, seja validado em face da Constituição. Não rejeitamos tal hipótese no plano concreto. No entanto, a sustentação de tal formulação, no plano teórico, e como fator delimitativo, conceitualmente, do sistema de vinculação administrativa ao Direito, encerra o risco de que esse movimento orientativo à Constituição permita, sob o alvitre de normas de alta *vagueza e imprecisão*, que se chancelem atuações administrativas destoantes de uma conformidade jurídico-normativa concretamente aferível, mas sustentada num plano abstrato, o que é potencialmente gravoso à segurança jurídica, à própria previsibilidade da atuação estatal⁹⁹. O Estado, genericamente autorizado a pautar sua

⁹⁸ Ou “lei e Direito”. Deveras, conforme doutrina de João Antunes dos Santos Neto, “reclamou-se, também, pelo retorno da legalidade ao conceito originário que serviu de base à formação da teoria do Estado de Direito. O Estado volta a se subordinar ao Direito e não à lei formal; a legalidade volta a encerrar a ideia de vinculação à lei e ao Direito, especialmente no que tange à sua base principiológica” (SANTOS NETO, 2003, p. 160).

⁹⁹ Sem mencionarmos o requisito essencial da finalidade no exercício da competência discricionária, como bem pontuado por Caio Tácito: “Assistimos a um progressivo retorno aos fundamentos do liberalismo, sem prejuízo das conquistas da justiça social. Há um sensível espírito de desmassificação da sociedade, uma revolta contra as hierarquias e as burocracias dominantes. Neste sentido, a doutrina e a jurisprudência - e, a seguir, a própria lei - conceituam como desdobramento necessário do princípio de legalidade, que a ação administrativa discricionária

atuação direta e imediatamente no texto constitucional, em sentido amplo, recebe uma verdadeira “carta branca”, de cujo exercício, ainda que travestido de “boas intenções”, certamente exsurgirão manifestações de arbítrio¹⁰⁰. Se as rígidas *amarras legais* nunca os impediram, que se dirá do fluido *manto constitucional*?¹⁰¹ “A luta contra a arbitrariedade da Administração, a proteção das liberdades do indivíduo, são os aspectos essenciais pelos quais manifesta-se, com o desenvolvimento do direito público, o progresso das instituições democráticas” (DAVID, 1959, p. 20), e os “tempos que correm dão conta de que não é necessária a existência de prisões injustificadas e da tortura para que se manifestem as ditaduras; elas também prosperam quando a lei não é mais cumprida e a Constituição já não se presta a coibir o desequilíbrio entre os Poderes, predominando um deles, de regra o Executivo, de molde a subjugar os demais” (GRAU, 1999, p. 364)¹⁰².

Expostas as principais razões que motivam o presente capítulo, passemos, portanto, à análise a respeito dos objetos de investigação levantados concernentes à doutrina da juridicidade administrativa. Ressaltamos, por oportuno, nosso íntimo intento de fomentar e de instigar o debate a respeito dos temas aqui tratados, não se almejando qualquer proposta irretocavelmente *conclusiva* sobre os mesmos.

deve pautar-se pelo requisito essencial da finalidade como condicionante da competência da autoridade pública” (TÁCITO, 2005, p. 43).

¹⁰⁰ Todavia, aliamo-nos à lição de Couto e Silva: “O poder discricionário, não é, em conclusão, um resíduo do absolutismo que ficou no Estado de Direito, nem um anacronismo autoritário incrustado no Estado contemporâneo. Ele não pode ser visto como uma anomalia ou como um vírus que deva ser combatido até a extinção. Trata-se, simplesmente, de um poder contido pela lei e pelo controle judicial dos pressupostos formais do seu exercício, um poder sem o qual seria impossível a atividade criadora e plasmadora do futuro exercida pela Administração Pública” (COUTO E SILVA, 1990, p. 67).

¹⁰¹ Nessa linha, cite-se a lição de André Cyrinno: “O discurso de que a juridicidade seria um meio de controle mais forte e apropriado para estreitar a ação administrativa à vontade constitucional, se malconduzido, pode implicar menor vinculação e abusos. O agente público que age consoante o resultado da ponderação de princípios constitucionais (inclusive o da legalidade) acaba possuindo um leque mais aberto de opções, inclusive numa denominada juridicidade contra legem. O administrador público que aplica a Constituição, além de interpretar os conceitos abertos presentes nas leis, pode refiltrá-las à luz dos — ainda mais flexíveis e por vezes contraditórios — princípios constitucionais. O dever de ponderar os princípios constitucionais em jogo contribui para racionalizar o processo de tomada de decisão, mas não afasta a circunstância de que a aplicação do postulado da proporcionalidade é apta a gerar, hipoteticamente, mais de um resultado válido e conferir mais liberdade ao agente, ou mesmo arbitrariedades. Nesse contexto, a exigência de lei acaba sendo mitigada em razão de outros princípios” (CYRINNO, 2017, p. 196).

¹⁰² Regina Maria Macedo Nery Ferrari, todavia, posiciona-se no sentido de que “o Direito Administrativo não combina com o voluntarismo do administrador público. A oportunidade ou a conveniência, elementos sempre enfatizados para a conceituação e caracterização da discricionariedade, não está fora da juridicidade administrativa. Este é um limite fatal e incontornável posto à atuação do administrador público” (NERY FERRARI, 2005, p. 143).

2.1. A INSUFICIÊNCIA DA PROPOSTA DE CENTRALIZAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO PARÂMETRO NORMATIVO AFERIDOR DA CONDUTA ADMINISTRATIVA

Sob o esteio do desenvolvimento do *neoconstitucionalismo* e da *constitucionalização do direito administrativo*, os defensores da juridicidade administrativa, lastreados em amplo discurso de efetivação e proteção dos direitos e garantias fundamentais, enxergam na Constituição Federal o novo centro de conformação da conduta administrativa do Estado. Diz-se “novo” pelo fato de se alegar que a Carta Constitucional substituiu, nesse processo, a *lei*, tomada em seu sentido formal. Assim, “a Constituição, e não mais a lei, passa a se situar no cerne da vinculação administrativa à juridicidade” (BINEMBOJM, 2005, p. 8), tendo-se como premissa básica a de que “as feições jurídicas da Administração Pública - e, *a fortiori*, a disciplina instrumental e finalística da sua atuação - estão alicerçadas na própria estrutura da Constituição” (BINEMBOJM, 2005, p. 8). Nessa mesma linha, argumenta Juarez Freitas que “o princípio da legalidade só experimenta significado nessa interação com os demais princípios e direitos fundamentais” (FREITAS, 2013, p. 60), sendo, ademais, “sob este enfoque que se deve desenvolver a doutrina do Direito Administrativo, considerando a Constituição como seu primeiro instrumento de orientação, e atuando de forma a equilibrar a tutela dos interesses coletivos e individuais como condição primeira para a vida em sociedade, além da própria proteção dos direitos fundamentais. Nesse contexto, os valores acolhidos pela Constituição passam a ser paradigmas do sistema jurídico totalmente vinculantes da atividade administrativa” (CASIMIRO, 2007, p. 116). Desta feita, se a legalidade de outrora preconizava, em relação à Administração Pública, um desmedido e indesejável apego à lei *em sentido formal* - editada pelo Legislativo -, ela deve hoje ser reavaliada sob um viés que reconheça – quase que imperativamente - a necessária primazia das normas constitucionais na estruturação jurídico-normativa sobre a qual se assenta a atuação administrativa¹⁰³, diagnóstico que, a seu turno, invariavelmente conduz à constatação de um “inédito” modelo de vinculação administrativa ao Direito, traduzido na noção da *juridicidade administrativa*.

¹⁰³ Em tal linha argumentativa, consigne-se que o Ministro Edson Fachin, quando da prolação de seu Voto no julgamento do Tema 445 do Supremo Tribunal Federal, com Repercussão Geral reconhecida, assentou que “a legalidade não pode ser entendida apenas de forma estrita e dissociada de sua adjetivação constitucional, sendo, em verdade, legalidade constitucional. Portanto, a legalidade deve estar diretamente conectada aos princípios reitores do Estado Democrático Constitucional de Direito” (STF, Tema 445, *Leading Case* RE 636553, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 19.02.2020, *DJe* 26.05.2020).

Sem adentrarmos em detida análise a respeito do fenômeno da *constitucionalização do direito* - aplicado, no caso, ao direito administrativo brasileiro -, uma vez que não se trata do objeto de investigação deste ensaio, faz-se mister, entretanto, pontuarmos certas questões que lhe concernem e que, da mesma forma, ao princípio da legalidade administrativa também dizem respeito¹⁰⁴. Primeiramente, cumpre anotar que o reconhecimento acerca da proeminência da Constituição Federal na atual confecção do direito administrativo brasileiro – como já apontado neste trabalho - parece-nos fato incontestado. Com efeito, no âmbito dessa singular disciplina jurídica, as normas constitucionais adornam-se de especial conteúdo analítico, para além de, é claro, enunciarem todo um aparato normativo de cunho principiológico de cuja observância surtem incontestáveis efeitos práticos identificados pela ciência administrativista contemporânea. A propósito, sublinhe-se que não apenas no capítulo endereçado à Administração Pública, mas ao longo de todo o corpo constitucional situam-se normas que, em maior ou menor grau, encerram conteúdos dizentes com o direito administrativo, fazendo-se imperioso, por conseguinte, seu aprimorado conhecimento a fim de que aquele seja compreendido em sua inteireza. De fato, a elevação de uma gama de matérias próprias ao direito administrativo a nível constitucional, operada principalmente com o advento da atual Constituição brasileira, torna quase que inegável que este ramo jurídico, destarte, *constitucionalizou-se*, ou que é – e, talvez, sempre o foi, em certa medida -, por natureza, *constitucionalizado*.

No entanto, a complexidade jurídica inerente a esse constatável fenômeno, expressado na *constitucionalização do direito administrativo*, reclama seja o mesmo adequadamente dimensionado. Se ele demanda uma *releitura constitucional* dos institutos próprios do direito administrativo, os efeitos desta releitura devem ser cuidadosamente aferidos, a fim de se evitarem certas deturpações dogmáticas que sejam, porventura, “validadas” tão somente por estarem neste suposto engajamento em prol à Constituição alicerçadas. No que toca à juridicidade administrativa, o que se percebe é um movimento, encabeçado por parcela da doutrina administrativista pátria – e que vem ostentando maior envergadura e ganhando mais adeptos nos últimos anos -, que, tendente precisamente à afirmação dessa “constitucionalização do direito administrativo”, pretende, pelas enunciações teóricas nesta fundadas, reconstruir o “sentido da vinculação administrativa ao Direito”, tradicionalmente estabelecido pelo princípio

¹⁰⁴ Faz-se mister notar que Caio Tácito, já em 1954, parecia antever o fenômeno da *constitucionalização do Direito*, senão veja-se: “As condições sociais atribuem ao Estado uma posição de tutela e gerência de interesses gerais e individuais. A manutenção e sobrevivência do indivíduo, a sua proteção contra riscos e incertezas sociais, a própria defesa da soberania nacional motivam a revisão de alicerces: a propriedade, a família, o trabalho, a autonomia da vontade ou a liberdade de contrato obedecem a novos pressupostos de inspiração coletiva” (TÁCITO, 1954, p. 2).

da legalidade da Administração Pública. No entanto, ao valer-se de sua basilar premissa - consistente na indispensabilidade de que o direito administrativo seja compreendido sob a ótica das “*lentes constitucionais*” -, como ponto de partida ao “correto” delineamento do sentido dessa relação vinculativa, imprime-se na Constituição um ar de *sublimidade*, uma suposta *primordial função* a ser por ela exercida naquele anunciado *novo modelo de vinculação ao Direito*, a qual, todavia, na prática, não representa um fator determinante e, mesmo, observável quando da aferição dos parâmetros jurídicos e normativos de atuação e controle sobre determinada atividade administrativa em particular. Por certo, um dispositivo constitucional pode, à luz das circunstâncias concretas, suficientemente encerrar, no caso, ele mesmo, a norma que consagre uma conformação normativa direta e imediata por excelência. Mas não só a Constituição pode assim fazê-lo, e não em todo e qualquer caso. A legalidade administrativa, relembre-se, concebe múltiplas formas pelas quais tal conformação pode ser concretamente consumada¹⁰⁵. Assim, essa argumentação, que propugna tal *soberania constitucional in abstractu* no esquema de vinculação do Estado-administrador ao Direito, pode até encontrar guarida em plano teórico, mas destoa-se e afasta-se da forma pela qual substancializa-se, nos casos concretos, a complexa aferição da conformidade jurídico-normativa entre a atuação administrativa e o *ordenamento jurídico*. A doutrina da juridicidade administrativa, neste tocante, reveste-se de um propósito aparentemente idealizador, mas pouco descritivo.

Se a Constituição Federal assume, destarte, uma posição central no *estudo* do direito administrativo, na identificação de seus basilares princípios, na correta compreensão de seus institutos, o mesmo não se diga, entretanto, quanto à *vinculação administrativa*, se desta se depreende o conteúdo salutar albergado pelo princípio da legalidade à Administração Pública previsto. Quanto a este, as normas constitucionais devem ser tomadas em conjunto com todas as demais formas de manifestações normativas, das mais variadas espécies, que dialogam com a atuação administrativa e que formam a complexa ordenação jurídica que lhe ampara e lhe confere o seu legítimo fundamento. Propugnar que a Constituição é o novo *cerne* da vinculação administrativa ao Direito, repita-se, não diz nada se não se compreender, às minúcias, como se dá a operabilidade prática da legalidade aos casos concretos, a qual nos demonstra que a conformidade jurídico-normativa que esta exige, em relação ao agir administrativo, não comporta este esquema conceitual pela juridicidade proposto. A fisionomia da vinculação administrativa ao ordenamento jurídico é muito mais pragmática que teórica, muito mais

¹⁰⁵ Por oportuno, cite-se que a constitucionalização do direito administrativo, para Binembojm, apresenta-se como uma das respostas para, além de outros males, a “multiplicação dos ordenamentos administrativos setoriais” (BINENBOJM, 2014, p. 36).

empírica que abstrata¹⁰⁶. O princípio da legalidade administrativa não demanda essa pontual precedência constitucional, em tese sustentada. Ele demanda que entre a conduta administrativa e o ordenamento jurídico encontre-se uma relação assinalada por uma conformação jurídico-normativa, concretamente identificável, conformação esta que, circunstancialmente delineada, pode erigir não apenas a Constituição, mas a lei, um Decreto, um Regulamento, uma Instrução Normativa, uma decisão administrativa ou judicial, e até uma prática como, *in casu*, a norma que, para tal específico relacionamento, encerra aquela necessária conformidade – o que, é claro, não olvida que seja o ato posteriormente verificado sob tais fundamentos. O exame proposto pela legalidade, desta feita, não é necessariamente na Constituição principiado - não é *verticalmente* construído -, pois pode o ser, como se fez ver, nas mais remotas e imagináveis formas subalternas e periféricas de expressões normativas, inclusas as decorrentes da própria atividade administrativa. É isso que precisa ser compreendido. É na identificação de tais normas no direito positivo que se prestigia a legalidade, não numa anunciação genérica de uma vital prevalência constitucional “no sistema de vinculação da Administração ao Direito”¹⁰⁷.

Outro identificável desacerto, a nosso ver, presente na doutrina da juridicidade administrativa, intimamente relacionado a essa proposta centralidade constitucional, consiste numa excessiva “exaltação” ao que aqui chamaremos de *viés subjetivo do princípio da legalidade administrativa*, compreendido, em linha geral e bastante supérflua, como a feição da legalidade orientada à *proteção*, à *salvaguarda* de direitos. De pronto, frise-se que, de forma alguma, descartamos a importância de tal perspectiva ao direito administrativo e à própria compreensão da significação do princípio ora em estudo ao direito público. Entretanto, uma forma um tanto irrefletida com que vem sendo manejado tal feito *subjetivo* acaba por depositar na legalidade administrativa – ou na juridicidade, ou no próprio “sistema de vinculação administrativa ao Direito” - certas expectativas que, se raras vezes atendidas, no mais das vezes são frustradas - e com razão de ser. Uma teoria que tenta explicar a vinculação administrativa ao Direito pautando-se em premissa basilar consistente na centralidade da Constituição como o

¹⁰⁶ Até porque constata-se “uma perigosa tendência entre os intérpretes e aplicadores do direito público em geral — juízes, administradores públicos, advogados públicos e privados, defensores públicos e membros do Ministério Público — de interpretarem as normas jurídicas à margem da experiência consolidada acerca de sua interpretação e aplicação. É como se, diante da tarefa de interpretar e aplicar textos legais relativamente abertos, o compromisso de cada profissional fosse exclusivamente com as próprias convicções, pouco ou nada importando a experiência acumulada de interpretação e aplicação desses textos” (SUDFELD, SOUZA e JURKSAITIS, 2012, p. 100).

¹⁰⁷ “Diferentemente de outros ramos jurídicos, o direito administrativo não se origina e estrutura em torno de uma lei, um código ou um conjunto de normas positivas. Ao contrário do direito civil, do direito penal, dos ramos do direito processual, do direito comercial, o direito administrativo, mesmo nos Países de tradição romanística, vai se construir tendo por base um tipo específico de relação jurídica: a relação entre o indivíduo e o Estado” (MARQUES NETO, 2013, p. 371-372).

núcleo consubstanciador desta mesma vinculação não poderia deixar de “puxar ao seu agasalho” a *proteção aos direitos e garantias fundamentais* como conseqüência direta desta *função vinculativa* exercida pelo princípio da legalidade. Entretanto, não é propriamente no princípio da legalidade administrativa que se encerra tal desígnio *protetivo* dos direitos e garantias fundamentais - ou do próprio *cidadão* frente ao Estado. Sua observância, por certo, pode acobertá-lo mediatamente. Todavia, sua função imediata, reitera-se, é a postulação de um dever de *conformidade jurídica* a ser observado na atuação estatal de cunho administrativo, dever tal que, uma vez observado e devidamente cumprido, não necessariamente e peremptoriamente assegurará em todo e qualquer caso a salvaguarda de um suposto ideário de *justiça*. A legalidade, enquanto uma, dentre várias, das normas principiológicas aplicáveis à Administração Pública, precisa ser desvestida deste caráter “primário”, “salutar”, “fundacional” ao direito administrativo. Trata-se, repita-se, de uma das incontáveis normas informadoras do Estado, com conteúdo específico e concretamente observável, passível, por natureza, de exame ponderativo.

O princípio da legalidade administrativa exige do operador do Direito um constante diálogo com as mais diversas formas de manifestação normativa do Estado, as quais, conjuntamente, formam o ordenamento jurídico. Não há, em tal exercício, orientado à aplicação ou à aferição do atendimento ao princípio em comento, um *cerne vinculativo* por excelência. Não há, em sua operabilidade prática, uma norma que, abstratamente, seja considerada como o *centro da vinculação administrativa*. Esta vinculação dá-se sempre no caso concreto, de acordo com as peculiaridades que este mesmo caso em si congregue, à luz de uma ordenação jurídica profusa, dinâmica e multiordenada. A Constituição Federal exerce relevante função em diversas formas de atuação administrativa, sendo ela mesma, em diversos casos, a norma que, propriamente, assumirá uma feição central. Isso não significa, entretanto, que esteja nela depositada essa alegada centralidade normativa no dificultoso esquema preconizado pelo princípio da legalidade à Administração Pública. E isso porque, simplesmente, tal esquema não mais comporta seja apreendido numa concepção que estabeleça *primazias normativas*. Na identificação do suporte jurídico à determinada atuação administrativa do Estado, não se tem mais um esquema fatalmente *piramidal*. A pluralidade normativa que assinala o atual semblante do ordenamento jurídico não mais compreende essa visão, muitas vezes redutora e limitativa sobre o próprio conteúdo que a legalidade administrativa factualmente expressa. Logo, quando sustentamos a necessidade de se reafirmar o princípio da legalidade aplicado ao Poder Público, deseja-se sobretudo compreendê-lo em sua correta circunscrição jurídica, despidendo-o de ideais

e formulações que, a pretexto de reconstruir seu sentido, nele acabam confiando aparências em descompasso com a realidade do direito administrativo brasileiro. O princípio da legalidade da Administração Pública ostenta uma importância insigne às aspirações democráticas que reclamam, sobretudo, maior transparência e controle sobre os atos praticados no âmbito do funcionalismo público. Entretanto, seu íntimo desiderato só será efetivamente alcançado se for apropriadamente compreendido o seu sentido na moldura jurídica em que se faz presente, livre de exacerbações personalistas que, ao ensejo de desmistificar seu tradicional culto, transmudem indevidamente sua real significação prática.

2.1.1. A ADVERTÊNCIA DE SUNDFELD E O FENÔMENO DA “SUPERVALORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL”

Carlos Ari Sundfeld, examinando a atual posição e feição do direito administrativo brasileiro, afirma a existência de um “*direito administrativo de princípios*”, o qual “resulta da visão radical de que são certos princípios fundamentais os verdadeiros elementos que definem, unem e orientam toda essa área do Direito” (SUNDFELD, 2017, p. 158)¹⁰⁸. Posteriormente, adverte: “Na emoção dos hiperprincípios livrescos, descritos de modo tão bonito e fácil nos manuais, os profissionais do direito administrativo brasileiro estão ignorando o direito positivo, desprezando o direito positivo, substituindo-se a ele” (SUNDFELD, 2017, p. 180-181). A advertência é digna de reflexão. Destaque-se que o supracitado jurista não critica, em momento algum, a *importância jurídica* e, mesmo, pragmática que possuem os princípios do direito administrativo. No entanto, traz à tona recentes tendências, identificáveis, sobretudo, na atualidade da academia publicista brasileira, que, a seu ver, irrefletidamente os “*supervalorizam*”, negligenciando, em tal processo, todo o aparato normativo que lhes é subjacente – pontue-se que a própria legalidade administrativa não foge a essa constatação. A “emoção” de enunciar princípios, destarte, sobrepõe-se ao árduo trabalho de compreender o próprio Direito – e a pregação demasiada da “*constitucionalização*” pode, em via transversa, “*ordinarizar*” a própria Constituição. Em suas palavras, “há um perigo grande nesse método de escrever hiperprincípios em manuais de direito administrativo partindo de receitas velhas. O perigo é ignorar, desprezar, rejeitar e esconder o que realmente importa: o direito positivo, seus

¹⁰⁸ A citação consta da nota de rodapé número 1 do Capítulo 6 da obra *Direito administrativo para céticos*, publicada pela editora Malheiros em 2017.

detalhes, suas contradições e suas mudanças permanentes” (SUNFELD, 2017, p. 191). Em crítica à perspectiva da juridicidade administrativa, por sua vez, o autor entende que ela substitui, nesta senda, o mito liberal da lei por um papel supervalorizado da Constituição, o que foi muito bem anotado pelo jurista André Cyrinno (CYRINNO, 2017, p. 196).

Com efeito, a doutrina da juridicidade administrativa, ao ensejo de elevar tal novel instituto a *status principiológico* – ainda que nas “entrelinhas” -, sobreleva as normas constitucionais, acomodando-as, forçosamente, numa configuração jurídica que, a pretexto de descrever o “novo” modelo de vinculação administrativa ao Direito, acaba por restringi-la em decorrência mesma desse engajamento acadêmico que tanto almeja seja a Constituição vista como o centro, como o necessário núcleo primordial do sistema jurídico-normativo de aferição e controle sobre a conduta administrativa do Estado. Assim, o que se assiste, no plano teórico, referentemente ao advento da ideia em apreço, é um deslocamento do conteúdo vinculativo encerrado pela tradicional legalidade a uma nova circunscrição *legal* - em sentido lato -, a saber, a Constituição Federal. A experiência demonstra, todavia, que a qualificação jurídica do sentido próprio da vinculação da Administração Pública ao Direito consiste, precisamente, na prescindibilidade do estabelecimento, em tese, de um primado normativo que ostente tal caracterização *centralizadora* – e “supervalorizada” -, e na conseqüente necessidade de que se reconheça a atual confecção multifária com a qual o ordenamento jurídico se reveste, sendo no conhecimento e na aplicação prática de suas múltiplas e variadas normas positivadas que se poderá delinear, com precisão, a forma pela qual essa vinculação se apresenta nos casos concretos, no plano fático. A doutrina da juridicidade, quanto à análise da vinculação administrativa ao Direito, tem sim o mérito de retirar da *lei formal* o véu que lhe engrandecia, mas incorre em desacerto ao colocá-lo na Constituição. Deveria tê-lo jogado fora.

Há, destarte, um risco - constatável não apenas quanto à ideia da juridicidade administrativa, mas também quanto à evolução da noção da “constitucionalização do Direito” e da própria dogmática neoconstitucionalista - consistente na concepção de uma indesejável “*supervalorização constitucional*”, referida por Carlos Ari Sunfeld como o fenômeno da “*sacralização da Constituição*” (SUNDFELD, 2017, p. 240-241). No que respeita a legalidade administrativa e sua proposta de reformulação encabeçada pela doutrina da juridicidade, a clássica “primazia da lei”, na vinculação da Administração Pública ao Direito, é substituída por um abstrato “primado constitucional”, assentado numa visão juridicamente sistêmica pela Constituição Federal promovida. Com efeito, na medida em que encarada como a norma matriz ao estabelecimento de um plexo de direitos, princípios, fundamentos e objetivos de caráter

especialmente axiológico, vislumbra-se, em sua específica *normatividade*, o ideário vinculativo próprio do outrora tradicional princípio da legalidade aplicado à função administrativa do Estado¹⁰⁹. Trata-se, a toda evidência, de uma ideia extremamente atrativa, sem que por isso olvide-se de ser contestada. A Constituição Federal, na operabilidade prática da legalidade administrativa, não é adornada de tal proeminência. Antes, é identificada, quando o deve ser, de acordo com as circunstâncias práticas, como uma das normas que entre si se correlacionam na concretização da conformação jurídica referente à determinada ação administrativa. Supervalorizá-la no “sistema de vinculação administrativa ao Direito” não soluciona os revezes da legalidade administrativa “*estrita*” e do desmedido afincamento à lei *formal* que sua feição clássica expressava e que ainda se faz, em certo grau, presente na atualidade do direito brasileiro¹¹⁰. Afinal, a própria Constituição Federal padece dos mesmos males em relação àquela verificados - no que toca à conjuntura político-institucional -, objeto que o é das mais tendenciosas propostas de Emenda em seu corpo normativo. O princípio da legalidade administrativa, e a norma de vinculação - ou de conformidade jurídico-normativa - que constitui seu conteúdo basilar, demanda que o agir administrativo do Estado transite pela ordenação jurídica brasileira e nela encontre o seu amparo, seu fundamento propriamente dito, não havendo, em tal processo, uma norma hipoteticamente mais relevante, pois, em última análise, é o caso concreto que ditará a forma de sua consecução prática.

¹⁰⁹ “Como agente condutor básico da superação dogmática de tais categorias jurídicas, erige-se hodiernamente a ideia de constitucionalização do direito administrativo como alternativa ao déficit teórico apontado no capítulo anterior, pela adoção dos sistemas de direitos fundamentais e de democracia, tal como instituídos na Constituição, como vetores axiológicos - traduzidos em parâmetros jurídicos - a pautar a atuação da Administração Pública” (BINEMBOJM, 2005, p. 7). Em linha semelhante: “El Derecho administrativo no debe encargarse sólo de garantizar una legalidad objetiva, pues también debe atender a la tutela de los derechos subjetivos del ciudadano. Derechos que, en el panorama actual del Derecho administrativo, se realzan en los derechos humanos, y en la democracia, entendida como un sistema garantista de tales derechos. (HERNÁNDEZ, 2014, p. 32).

¹¹⁰ Citamos, a título exemplificativo, o entendimento perfilhado por José dos Santos Carvalho Filho: “É extremamente importante o efeito do princípio da legalidade no que diz respeito aos direitos dos indivíduos. Na verdade, o princípio se reflete na consequência de que a própria garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos à verificação do confronto entre a atividade administrativa e a lei. Uma conclusão é inarredável: havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude. Não custa lembrar, por último, que, na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legiferam-se. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 20). Registre-se que a insuficiência da legalidade estritamente considerada à proteção dos direitos individuais já era notada por Amaro Cavalcanti no início do século passado, na sua obra *Responsabilidade Civil do Estado*, publicada pela editora Lammert & C, p. 490.

2.2. A FALÁCIA DO DISCURSO DA “CRISE DA LEI FORMAL”

O segundo aspecto concernente à doutrina da juridicidade administrativa que nos propusemos a analisar diz respeito a uma particular premissa por esta encampada que representa um especial e importante alicerce ao seu desenvolvimento. Trata-se da anunciada *crise da lei formal*, a saber, da lei editada pelo Poder Legislativo. Sustenta-se, em largo discurso, seu *desprestígio*, seu *descrédito*, sua *erosão*, em virtude de uma série de fatores - notadamente históricos e políticos - que representam, conjuntamente, uma espécie de “*movimento social contra legem*”. Amparada na genérica “crise dos paradigmas do direito administrativo” – fenômeno que, inclusive, já foi objeto de apontamento crítico no presente trabalho -, a “crise da lei formal”, propriamente dita, consiste numa de suas específicas manifestações, ou seja, num dos paradigmas alegadamente “em crise”¹¹¹. Assim, sustenta-se que “é fato notório que a segunda metade do século XX assistiu a um processo de desprestígio crescente do legislador e de *erosão da lei formal* – a chamada *crise da lei* – caracterizado pelo desprestígio e descrédito da lei como expressão da vontade geral, pela sua politização crescente ao sabor dos sucessivos governos, pela crise da representação, pelo incremento progressivo da atividade normativa do Poder Executivo e pela proliferação das agências reguladoras independentes” (BINEMBOJM, 2014, p. 35). Segundo Lígia Casimiro, “Paulatinamente, por questões históricas que infelizmente não nos propomos a tratar, a lei formal válida passa por um processo de desprestígio, acionado muito especialmente pela inflação legislativa conhecida não somente em nosso país. Ao ser reconhecida como incapaz, por si só, de trazer à sociedade a justiça e a liberdade tão almejadas, a lei passa a ser entendida como, também, uma possibilidade de veiculação de certos valores opostos aos ideais humanos, como a injustiça e privação de liberdade” (CASIMIRO, 2007, p. 114).

Como dito em relação à “crise dos paradigmas do direito administrativo”, repete-se, aqui, a indagação que, a nosso ver, desvela-se salutar: há, de fato, essa crise, no âmbito jurídico ou, mesmo, no plano fático, em relação à lei editada pelo Poder Legislativo? Seus supostos efeitos são perceptíveis no tocante à operabilidade e à aplicação da legalidade administrativa? Os questionamentos fazem-se pertinentes. Afinal, a emergência de um modelo teórico que

¹¹¹ Frise-se que, quando alegamos que a lei formal consubstancia “um dos paradigmas em crise”, simplificamos o que, na verdade, representa, ao ver da doutrina da juridicidade administrativa, um dos clássicos paradigmas em crise: a legalidade como vinculação positiva à lei (BINEMBOJM, 2014, p. 23-24). Para a sustentação desta argumentação, entretanto, recorre-se à anunciada crise aparentemente verificada na lei, em si mesma considerada.

propugna o sobrepujamento daquilo que alegadamente está “em crise” não deixa de encerrar uma premissa deveras *conveniente*, no caso, à suplantação dogmática pretendida¹¹². Nossa tese, aqui, não intenta propriamente refutar os variados fatores levantados à sustentação da existência dessa alegada “crise da lei formal”. No entanto, e no que respeita ao princípio da legalidade administrativa, entendemos não haver, em relação a tal espécie normativa – *lei formal* –, um processo de *desfalecimento* que supostamente o arrefeça, em termos práticos e jurídicos. Em outras palavras, no âmbito do estudo do direito administrativo e, precisamente, na análise a respeito da vinculação administrativa ao Direito, a lei não perpassa nenhuma constatável *crise* que enfraqueça sua função na identificação da conformidade jurídico-normativa sobre a atuação administrativa do Estado. Pelo contrário, seu papel, nas últimas décadas, restou substancialmente *acentuado*. Destarte, a complexidade que grifa o funcionalismo administrativo moderno, diferentemente do que se alega, não realoca a *lei em sentido formal* a um “segundo plano”, a uma função de natureza meramente “coadjuvante”. Não. Ao revés, é essa mesma complexidade, a qual engloba o reconhecimento e a legitimidade de fontes periféricas de produção normativa (em constante crescimento), que vem a reclamar, cada vez mais, regulamentações em âmbito legal¹¹³. O que é verdadeiramente observável, nesse cenário, é um processo de engrandecimento do *policentrismo normativo* do Estado, dentro do qual a lei, formalmente editada pelo Legislativo, não fica “à deriva”, mas agora compartilha sua tradicional “força vinculativa” com uma gama de outras espécies de manifestações normativas, em ordenado e sistemático diálogo. De fato, “o que vem se intensificando é a regulação como um todo, tanto legislativa como administrativa”, não fazendo sentido, por conseguinte, falar em “flexibilização da legalidade administrativa” (SUNDFELD, 2017, p. 249).

A “crise da lei formal”, se efetivamente fosse constatável da forma que nos é apresentada por parcela da doutrina administrativista brasileira, implicaria, ademais, e sobretudo, um observável “desapego” à *lei formal* na vivência prática dos órgãos públicos e, especialmente, no seio da atividade controladora da Administração Pública. No entanto, não é

¹¹² “A lei é produto da política real, o que causa desalento e provoca reações, como a da doutrina da juridicidade, a qual, em face da constitucionalização do direito administrativo, substitui a lei pela Constituição” (CYRINNO, 2017, p. 200-201).

¹¹³ Na valiosa lição de Carlos Ari Sunfeld, “carece de comprovação a suposição de que a abertura de um amplo espaço para normas administrativas seja produto de leis mudas, que não direcionam a ação administrativa. Isso pode acontecer em algumas situações, claro, mas não há relação necessária entre aumento da atuação administrativa e diminuição da atuação do legislador” (SUNDFELD, 2017, p. 246). E arremata: “Em suma, não é de modo algum correta a suposição de que as leis estejam ausentes dos campos em que a Administração tem produzido normas. Existe, sim, ao contrário do que muitos supõem, intenso condicionamento diretamente por lei da ação normativa da Administração; não é, certo, o tipo de condicionamento que os monistas reclamam, mas ele existe” (SUNDFELD, 2017, p. 247).

isso que se verifica no funcionalismo público, na jurisprudência brasileira e na atuação de órgãos de controle, como, por exemplo, o Ministério Público e os Tribunais de Contas. Evidencia-se, aliás, o contrário. A lei, formalmente considerada, segue desempenhando função basilar na orientação do comportamento do Poder Público, sendo comumente invocada ao saneamento das mais diversas questões que se lhes apresentam. A propósito, a própria legalidade administrativa “*estrita*”, muitas vezes, continua também, em certos casos, sendo avançada como argumento a adornar na lei uma necessária prevalência normativa¹¹⁴. No Brasil, ao contrário do que se costuma dizer, a lei é hoje muito mais presente e importante do que foi no passado (SUNDFELD, 2017, p. 253). De modo que, repita-se: existe, efetivamente, essa “crise da lei formal”? Se sim, *onde*? Apontada com visível autoridade, não é concebível esteja apenas no imaginário impresso em livros doutrinários. Até porque, na lição de José Afonso da Silva, deve ser “destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado. A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política” (SILVA, 2017, p. 123).

O discurso que, em prol da juridicidade administrativa, constrói-se em torno da “crise da lei formal”, empenha-se, em verdade, na demonstração de um quadro sintomático de uma “*crise de representatividade*” - dizente, por conseguinte, mais respeito a deformidades político-institucionais verificáveis que, propriamente, jurídicas. Almeja-se, com efeito, e em linhas bastante genéricas, argumentar o esmorecimento do *Poder Legislativo*¹¹⁵, de seus representantes ante a sociedade – e do “mito liberal”¹¹⁶ - para que de sua deficiência faça surtir,

¹¹⁴ A título exemplificativo, colacionamos excerto de julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, exarado em 2021: “Não cabe à Administração acrescentar mais um requisito para o implemento do direito além do que estabelece a lei. Afinal, a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, não sendo possível que atue de forma diversa daquela prevista na lei, somente podendo agir em conformidade com os ditames legais” (Apelação Cível nº 0003054-37.2020.8.27.2720, rel. Desª. Jacqueline Adorno De La Cruz Barbosa, julgado em 01/12/2021, *DJe* 13/12/2021).

¹¹⁵ “O que se percebe com isso é a necessidade de adaptação dos princípios da legalidade e da tripartição dos poderes à atualidade dos reclamos, não só políticos, mas também sociais e econômicos. Isso porque a tradicional produção normativa pelo Poder Legislativo mostra-se tecnicamente despreparada para regulamentar determinadas matérias, além de não acompanhar a dinamicidade das relações sociais da contemporânea sociedade” (MEDEIROS, 2016, p. 133-134).

¹¹⁶ Sobre o tema, a despeito de não condizer com o objeto deste trabalho, entendemos por oportuno sinalizar que quem melhor fornece seu diagnóstico, a nosso ver, é Francisco Campos, para quem “a crise do liberalismo no seio da democracia é que suscitou os regimes totalitários e não estes aquela crise. A democracia havia criado um aparelhamento de aparência racional, destinado a conduzir o processo político, sem maiores crises de tensão, soluções ou decisões suscetíveis do mais largo e compreensivo assentimento. A irracionalidade dos seus métodos, uma vez que se ampliou a escala dos acontecimentos e o vulto das questões, tornou-se, porém, de evidência lapidar” (CAMPOS, 2001, p. 29).

consequentemente, a deficiência do produto de sua atividade normativa primária. A lei, nesta senda, torna-se a vítima – e o alvo - de um raciocínio intencionalmente arquitetado, porquanto orientado à releitura de um princípio que possui nela sua principal expressão jurídica e, mesmo, semântica. O dogma da “superação” da legalidade administrativa, sob tal prisma, também traduz, em certa medida, um esforço linguístico, um artifício retoricamente articulado¹¹⁷. Exporta-se, com base nas mesmas premissas, a crise do Legislativo à lei e, desta, à legalidade, formando-se, consequentemente, um *argumento de falácia*, uma vez que assentado na “*maleabilidade*” de seu suporte teórico, o qual passa a ser importado a conjunturas fático-jurídicas que não necessariamente o comportam, mas que nelas, mesmo assim, é acomodado em razão da similitude entre os objetos em tela (Legislativo, lei, legalidade, etc.), o que faz com que este mesmo “suporte teórico” – juntamente com sua “*premissa da crise*” -, despercebido de tais nuances, seja igualmente “validado” a ambientações jurídica e factualmente distintas¹¹⁸. O que se deve ter em mente é que, se o Poder Legislativo vem, sim, perdendo a *centralidade* na produção normativa que outrora possuía, “isso não é pela decadência do instrumento *lei* – cujo espaço inclusive se ampliou, pois mais setores passaram a ser regulados por lei -, mas, sim, pelo aumento do número de centros produtores de normas. Há, sim, uma perda da importância relativa da lei, mas ela não encolheu, inflou” (SUNDFELD, 2017, p. 253).

Outro argumento avançado em favor da suposta “crise da lei formal” diz respeito à prescindibilidade desta no relacionamento entre a Administração Pública e a Constituição. Com efeito, alega-se a “superação do dogma da imprescindibilidade da lei para *mediar* a relação entre a Constituição e a Administração Pública” (BINEMBOJM, 2014, p. 37), porquanto, ao invés de a eficácia operativa das normas constitucionais depender sempre de lei para vincular o administrador, a Constituição exsurge como o fundamento primeiro do agir administrativo. Concordamos com a premissa. Essa alegada “imprescindibilidade” é, destarte, ainda muito enraizada em nosso direito, e reclama, com efeito, superação. Entretanto, se, com acerto, não se pode mais hoje sustentar a tese segundo a qual a vinculação administrativa ao Direito demandaria sempre uma expressão *formalmente legal*, isso não significa, ou melhor, não decorre do fato de terem as normas constitucionais se revestido dessa “primariedade” no

¹¹⁷ Na pertinente advertência de Charles Einsenmann: “muitos dizem que um princípio muda de sentido, afirmação, entretanto, bastante inexata, pois, na realidade, a palavra é que muda de sentido, trata-se de um fato de linguagem, pura e simplesmente, ou, então, da aparição de um novo princípio” (EISENMANN, 1959, p. 51).

¹¹⁸ “Tratar fenômenos diversos empregando um só termo dificulta a interpretação e a aplicação do Direito, impede a fundamentação (intersubjetiva) baseada em critérios racionais, limita a possibilidade de controle das decisões. Quanto mais consistentes forem as definições de categorias utilizadas na interpretação e na aplicação do Direito, mais se ganhará em certeza e segurança jurídica” (ÁVILA, 1999, p. 178).

esquema de conformação jurídica sobre o agir administrativo. A vinculação da Administração Pública não resta circunscrita à Constituição e não possui nela sua demarcação primária. De modo que, se a lei deve ser, sim, compreendida no horizonte de sentido dos princípios e regras constitucionais, estas também devem o ser no horizonte do direito positivo infraconstitucional, dentro de um esquema vinculativo que reconheça a prescindibilidade, agora sim, de uma *primariedade normativa*.

O princípio da legalidade administrativa sempre reconheceu na Constituição Federal um dos suportes normativos diretos à atuação administrativa. Muitas das suas normas consubstanciam, deveras, o fundamento *imediato* da ação administrativa do Estado. Todavia, a par do regramento constitucional, há todo um complexo aparato normativo que, da mesma forma, pode expressar dito fundamento. Desta feita, a vinculatividade administrativa ao Direito é insuficientemente apreendida sob um viés que, abstratamente, consagre na Constituição o núcleo condicionante por excelência daquela atuação. A legalidade não se compreende dissociada dos valores substanciais integrados no ordenamento jurídico (MODESTO, 1997, p. 80). Deve-se, repita-se, identificar de quais específicas normas constitucionais se pode, razoavelmente, extrair tal imediaticidade normativa, uma vez que, assim como a *lei em sentido formal* – e como as demais espécies normativas identificáveis no âmbito da conformação jurídica sobre a atividade administrativa -, a própria Constituição não fornece, em completude, uma ordenação jurídico-normativa bastante que substancialize esse imaginável “*cerne vinculativo*”, dado que, produto da racionalidade humana, é por natureza imperfeita¹¹⁹, como o são a grande maioria das normas que compõem o ordenamento jurídico, sendo apenas no seu contato, na sua confrontação prática, que se poderá, gradualmente, amenizar ditas imperfeições, num processo de amadurecimento jurídico perpétuo¹²⁰, afinal, o novo estilo do direito administrativo “é uma abordagem interdisciplinar que busca em dados tirados da experiência uma hipótese que sirva a reconstruir uma prática ou uma norma jurídica numa ambiência de inovação substantiva” (MENDONÇA, 2014, p. 196). No Estado contemporâneo, extremamente

¹¹⁹ “As Constituições não são entidades etéreas que sobrepassam ao mundo da vida. Pelo contrário, elas são normas historicamente situadas, nas quais devem se refletir as grandes questões que agitam a sociedade em que vigoram. A Constituição ainda exerce um papel fundamental nas engrenagens da sociedade moderna. A constatação de que ela não pode tudo, não significa que não possa nada. No atual estágio da civilização, o projeto constitucional da modernidade ainda tem o seu espaço garantido. Assim, e sobretudo em países marcados pelo estigma da injustiça social, como o Brasil, é importante apostar nas virtualidades da Constituição, até para usá-la como escudo ante os efeitos excludentes da globalização” (SARMENTO, 1999, p. 33-34).

¹²⁰ Na lição de Eros Roberto Grau, “a legalidade será observada ainda quando a função normativa seja desenvolvida não apenas pelo Poder Legislativo”, porquanto, visualizado no princípio da legalidade “a predeterminação do conteúdo da Administração, o princípio há de ser referido não a um tipo de norma específica e determinada, mas ao ordenamento todo, ao que Hauriou chamou ‘bloco da legalidade’ (leis, regulamentos, princípios gerais, costumes)” (GRAU, 2008, p. 179-180).

complexo, seria impensável que a lei sempre determinasse, até os últimos pormenores, qual deveria ser o comportamento e a atuação dos diferentes agentes administrativos (COUTO E SILVA, 1990, p. 53). No entanto, como primeira expressão do direito positivo, a lei exerce papel relevante na medida em que se manifesta como um desdobramento necessário do conteúdo da Constituição (SILVA, 1999, p. 17).

Do exposto, faz-se mister reconhecer que os fatores levantados ao sustento da alegada “crise da lei formal” não comprometem, em tese, o particular exame a respeito das formas de vinculação administrativa ao Direito e, por consequência, do conteúdo albergado pelo princípio da legalidade aplicado à Administração Pública, pois lhe são alheios, cientificamente. Ainda, a própria função ostentada, na atualidade, pela *lei em sentido formal*, dentro de tal linha de estudo – orientada, principalmente, à compreensão de como os sentidos da legalidade administrativa, hoje, dialogam com o caráter multifacetado e policêntrico do ordenamento jurídico -, não é por tal “*premissa da crise*” adequadamente dimensionada, mas, sim, pela mesma equivocadamente deformada, a fim de que à “descoberta” *juridicidade administrativa* assegure-se o solo constitucional tão almejado¹²¹. O argumento, entretanto, da “crise da lei formal”, desvelando uma feição primária de cunho invariavelmente *político* e propugnando uma suposta “subversão” observável no âmbito do exercício da atividade legiferante do Estado, é incapaz a tal intento, destoante que o é das circunstâncias concretas e pragmáticas que, hoje, desenharam a fisionomia jurídica do princípio da legalidade administrativa¹²².

¹²¹ Neste tocante, pontue-se que a própria Constituição Federal de 1988 atribuiu à lei formal importante mecanismo de submissão da Administração ao Direito - sendo esta, aliás, uma das razões pelas quais o jurista Carlos Ari Sundfeld assevera que não adere “à linha que propõe substituir, como critério definidor do direito administrativo, a vinculação da Administração à lei (isto é, ao Parlamento), pela vinculação da Administração à Constituição” (SUNDFELD, 2017, p. 233).

¹²² Averte-se que, para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a lei, atualmente concebida, não mais se submete apenas a “padrões formais de juridicidade”, necessitando “satisfazer parâmetros de juridicidade muito mais amplos, como o são a razoabilidade e a realidade, e a critérios muito mais exigentes, como a eficiência e a economicidade, que, em seu conjunto, a tornam também legítima quanto aos seus meios (legitimidade corrente) e quanto aos seus fins (legitimidade teleológica)” (MOREIRA NETO, 2005, p. 93). Ainda, ressalte-se que, a despeito de a doutrina da juridicidade afirmar dita “crise da lei formal”, a lei, como bem anota André Cyrinno, não é, por completo, *abandonada* no sistema de vinculação por aquela preconizado. No entanto, em relação a ela, “nutre-se alguma desconfiança” (CYRINNO, 2017, p. 195).

2.3. JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA E DISCRICIONARIEDADE

O último ponto a ser enfrentado, no tocante ao advento da doutrina da juridicidade administrativa, diz respeito a certos efeitos que o sistema vinculativo por esta proposto alegadamente enseja em relação à “delimitação” da discricionariedade administrativa. Em síntese, argumenta-se que a adoção do modelo de vinculação prescrito pela ideia da juridicidade administrativa *diminuiria* o que, no âmbito da ciência administrativista, logrou chamar-se, em termos gerais, de “espaço de atuação do administrador público”, ou, em outras palavras, de *competência* ou *atuação discricionária*¹²³. Destarte, ao fundamento de que a representação conceitual expressada pela juridicidade administrativa supostamente *reforça* a adstrição da Administração Pública ao Direito, aduz-se que a mesma, conseqüentemente, reduz, em tese, a esfera discricionária própria do Poder Público. Esse é o argumento central no que se refere à questão neste tópico problematizada - o qual, sublinhe-se, parece ter sido bem recepcionado no âmbito do direito brasileiro¹²⁴, em cuja alçada passou-se, inclusive, a se falar, referentemente a dita linha de raciocínio, em um “*controle de juridicidade qualificado*”¹²⁵, decorrente, justamente, dessa deduzida “atrofia” na circunscrição jurídica da discricionariedade administrativa propriamente dita.

Legalidade e discricionariedade sempre travaram ricos diálogos no desenvolvimento da ciência administrativa. Destarte, a viabilidade jurídica de um “espaço” de livre apreciação pelo

¹²³ Frise-se que o presente ensaio, conforme se fará reiterar posteriormente, não almeja examinar, propriamente, a *discricionariedade administrativa*, mas a precisa correlação que entre ela e a doutrina da juridicidade administrativa existe, pelo o que, para o intento aqui proposto, não se fará distinção entre as expressões “competência” e “atuação” discricionárias, a despeito de reconhecermos a existência de tal demarcação distintiva em doutrina.

¹²⁴ A propósito, é interessante notar, também, como dito entendimento foi adotado nos concursos públicos ao provimento de cargos de carreira jurídica. No ano de 2018, o Centro Brasileiro de Pesquisa em Avaliação e Seleção e de Promoção de Eventos – CEBRASPE, conhecida banca promotora de concursos públicos no Brasil, na prova objetiva destinada ao provimento do cargo de Procurador Municipal da Procuradoria-Geral Municipal de Manaus, considerou como errada a assertiva segundo a qual “o princípio da juridicidade, por constituir uma nova compreensão da ideia de legalidade, acarretou o aumento do espaço de discricionariedade do administrador público”. Disponível em https://cdn.cebraspe.org.br/concursos/PGM_MANAUS_18_PROCURADOR/arquivos/388_PGMMANAUS001.PDF, questão nº 2. Todavia, a hipótese trabalhada pela banda, consistente no “aumento” da discricionariedade em virtude do “princípio” da juridicidade, é juridicamente plausível.

¹²⁵ A título exemplificativo, colaciona-se jurisprudência perfilhada pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, *verbis*: “O regime jurídico dos servidores públicos é concebido como complexo de regras e princípios que disciplina a acessibilidade aos cargos públicos, bem como direitos e deveres. Trata-se de núcleo normativo compreendido a partir da supremacia da Constituição, da unidade dos princípios constitucionais que materializam indicações normativas democraticamente construídas. Controle fundado na juridicidade qualificada, por meio da qual a Administração Pública submete-se ao Direito, com o propósito de evitar práticas arbitrárias.” (Apelação Cível nº 70085111813, rel. Des. Leonel Pires Ohlweiler, Terceira Câmara Cível, julgado em 18/06/2021).

administrador, a respeito da valoração dos motivos e da escolha, propriamente, do objeto de determinada atuação administrativa¹²⁶, foi, e ainda o é - ainda que minoritariamente - muito contestada pela academia publicista brasileira, notadamente por ostentar uma potencial afronta ao princípio da legalidade administrativa¹²⁷. Celso Antônio Bandeira de Mello, na década de 1970, já questionava: “Se a Administração só pode agir submetida à lei, como surge a discricionariedade? Por que surge? De onde advém o problema?” (BANDEIRA DE MELLO, 1975, p. 2). Na lição de Eros Grau, “impõe tomarmos a discricionariedade como uma técnica da legalidade, recusando a doutrina que admite a convivência, no Estado de Direito, da própria legalidade com uma injustificável categoria de ‘juízos discricionários’” (GRAU, 2008, p. 224). Para o jurista, “a concepção de discricionariedade fragiliza a legalidade, permitindo a introdução, nela - repito-o -, de um autêntico cavalo de Tróia” (GRAU, 2008, p. 224). Gustavo Binenbojm, em tom semelhante, sustenta que “a discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional” (BINENBOJM, 2014, p. 39). Em sentido contrário, por exemplo, Marçal Justen Filho consigna que “a legalidade não é incompatível com a atribuição de uma margem de autonomia de escolha (discricionariedade) para a autoridade administrativa” (JUSTEN FILHO, 2008, p. 69). Almiro do Couto e Silva, por sua vez, leciona que a discricionariedade trata-se de um “poder de escolha que, dentro dos limites legalmente estabelecidos, tem o agente do Estado entre duas ou mais alternativas, na realização da ação estatal” (COUTO E SILVA, 1990, p. 54), sendo, o autor ressalta, um “poder sob a lei e que só será válida e legitimamente exercido dentro da área cujas fronteiras a lei demarca” (COUTO E SILVA, 1990, p. 54).

Cumpra-se nos asseverar, no entanto, e para fins de precisa delimitação quanto ao objeto ora em exame, que, a despeito do reconhecimento da importância acadêmica da farta doutrina existente no direito brasileiro a respeito das relações jurídicas entre legalidade e competência discricionária, o tema da “*discricionariedade administrativa*” não consubstancia a ênfase da análise engajada neste ensaio - vocacionado que o é à identificação dos sentidos que o princípio da legalidade possui no direito administrativo brasileiro contemporâneo -, de modo que não se

¹²⁶ “A competência discricionária distingue-se da vinculada pela maior liberdade de ação que é conferida ao administrador. Se, para a prática de um ato vinculado, a autoridade pública está adstrita à lei em todos os seus elementos formadores -competência, forma, objeto, motivo e finalidade -para praticar um ato discricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe concede essa faculdade, quanto à escolha dos motivos e do objeto (oportunidade, conveniência e conteúdo do ato)” (MEIRELLES, 1958, p. 2).

¹²⁷ Como bem pondera Gustavo Binenbojm, “a discricionariedade administrativa representou, também, um movimento contraditório do direito administrativo em relação à própria legalidade, sobretudo a partir de quando esta passa a ser entendida como vinculação positiva à lei. De fato, no contexto de uma teoria que pretendia, em essência, a submissão integral da atividade administrativa à vontade do legislador, a discricionariedade pode ser vista como uma *insumissão* ou, pelo menos, uma *não-submissão*” (BINENBOJM, 2014, p. 19).

intentará qualquer aprofundamento teórico sobre o mesmo. O que se deseja, dessarte, é tão somente ponderar, no âmago do correlacionamento existente entre a doutrina da juridicidade e a discricionariedade administrativa, se aquela, efetivamente, traduz uma evidenciável consequência jurídica sobre esta. Significa dizer, este trabalho não almeja, propriamente, estudar a *discricionariedade administrativa*, mas investigar a plausibilidade jurídica de certos e determinados efeitos, desinentes do conceito da juridicidade administrativa, tal como desenvolvido no âmbito da ciência administrativista pátria, que sobre a discricionariedade recaem, mormente os dizentes à contenção ou à limitação do seu campo no centro da atividade administrativa estatal.

2.3.1. A SUBSTITUIÇÃO DO PARADIGMA DA LEGALIDADE PELO DA CONSTITUCIONALIDADE: AUMENTO DA RIGIDEZ VINCULATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?

Como visto, a doutrina da juridicidade administrativa propugna uma *realocação* do cerne jurídico representativo, a seu ver, da vinculação da Administração Pública ao Direito, superando-se a tradicional “*primazia da lei formal*” pelo reconhecimento da centralidade da Constituição Federal no esquema de parametrização da atuação e do controle da atividade administrativa, tomada em lato sensu. A doutrina da juridicidade busca, dessa forma, reconduzir a ação administrativa a um labor fundado diretamente na Constituição (CYRINNO, 2017, p. 195). Nesta senda, uma vez que a Administração Pública não deve mais apenas observar “a lei”, mas “a lei e o Direito”, tendo-se na Constituição o núcleo de conformação sobre sua interna funcionalidade, argumenta-se um *estreitamento* do espaço de deliberação, de escolha, do administrador. Nesse contexto, adorna-se, na relação jurídico-vinculativa que há entre o Poder Público e o ordenamento jurídico (e no seio, relembre, de um esforço especulativo), um “novo componente” – seja este concebido como o genérico “Direito”, seja como a Constituição Federal –, o qual, por sua vez e conseqüentemente, conferiria àquela uma aparente feição de maior “solidez”, “consistência”.

A Constituição Federal é o alicerce desse proposto “novo” arranjo da vinculação administrativa ao Direito, o qual supostamente *reduz* a discricionariedade administrativa. A linha de raciocínio apresentada pela doutrina da juridicidade, neste tocante, é facilmente perceptível. Assentada numa visão deveras *limitativa* do princípio da legalidade aplicado à

Administração Pública, a qual matiza na *lei em sentido formal* o conteúdo basilar e necessário à ação administrativa, propõe-se, exatamente, sua “superação”, invocando-se, para tanto, a insuficiência de dita expressão *formalmente legal* do Estado ao cumprimento da ínsita função que a legalidade administrativa encerra. Em tal cenário, asseverando-se que a atuação administrativa não deve *somente* observar a lei editada pelo Legislativo, mas, *também* – e principalmente –, a Constituição, promove-se a “ampliação” do parâmetro normativo característico da vinculatividade administrativa, o que faz com que esta mesma vinculação, por essa razão, torne-se hipoteticamente mais “rígida”. Assiste-se, assim, a uma *mudança* de paradigmas: o tradicional paradigma da “legalidade” é substituído pelo paradigma da “constitucionalidade”¹²⁸. Erigindo-se a Constituição ao “cerne vinculativo da atividade administrativa”, a conformidade jurídica que desta atividade se espera não deve mais ser necessária e primordialmente “*legal*”, mas, substancialmente, “*constitucional*”. Essa orientação, a seu turno, robustece, de fato, a vinculação administrativa ao Direito? Ela, efetivamente, adstringe, juridicamente, a ação da Administração Pública? Pode até ser que sim. Há, no entanto, perigos no seu irrefletido acolhimento.

Primeiramente, saliente-se que a ideia segundo a qual a Administração Pública, em sua atuação, deve observar a lei e a Constituição Federal nunca foi ignorada pelo princípio da legalidade administrativa, ainda que em suas formulações clássicas. Tal reconhecimento sempre esteve albergado na significação jurídica de dita norma principiológica. Suas mais *formalistas* - ou “*monistas*” - facetas sempre encararam também na norma constitucional a enunciação formal necessária ao amparo da conduta administrativa¹²⁹. O “culto” à *lei em sentido formal* jamais ofuscou a proeminência constitucional, quando esta se fazia, circunstancialmente, presente e exigível do ponto de vista jurídico. A doutrina da juridicidade administrativa, entretanto, vertendo os holofotes à necessidade da observância concomitante da Constituição, a par da lei, parece, intencionalmente, negligenciar tal evidência. Afinal, sua premissa, como se percebe, demanda a preexistência de um ambiente dentro do qual, em relação à aplicabilidade prática do princípio da legalidade administrativa, a Constituição Federal restasse ao abandono dos operadores do direito, esquecida nas prateleiras dos

¹²⁸ Leciona Juarez Freitas, a propósito, que “a legalidade pode e deve ser mitigada em sua rudeza”, a qual, “Mudando de grau, converte-se em princípio da constitucionalidade”, representativo do “coroamento do processo evolutivo da legalidade, fazendo com que o controle sistemático acolha o imperativo de evoluir da legalidade para a constitucionalidade, num processo circular, que transcenda reducionismos simplistas” (FREITAS, 2009, p. 63).

¹²⁹ “Ao dispor expressamente sobre Administração Pública em tais preceitos, a Constituição brasileira de 1988 fixa diretrizes fundamentais que devem nortear sua atuação; portanto, daí se extrai a conformação institucional e funcional da Administração Pública brasileira e os princípios informadores do próprio direito administrativo” (MEDAUAR, 2021, p. 85).

“constitucionalistas”. Destarte, a doutrina da juridicidade não *ênfatiza* a importância de que a atividade administrativa do Estado também observe o regramento constitucional, no que lhe disser respeito. O que faz é trazê-lo à tona, dentro do sistema vinculativo da Administração Pública ao Direito, como um suposto “novo achado”. A alegada redução da esfera discricionária do Poder Público, nesse contexto, é apenas uma consequência oportuna, um fator que, por ser juridicamente sustentável dentro dessa proposição teórica, convenientemente é levantado ao seu amparo¹³⁰.

Desse raciocínio, entretanto, depreende-se uma identificável autocontradição. A propugnada centralidade e proeminência da Constituição Federal no sistema de vinculação administrativa ao Direito tem o condão de, em via transversa, alargar os meios de atuação da Administração Pública, dilatando-se, ao invés de se estreitar, o seu poder discricionário. Referida constatação encontra precisa sintetização na lição de André Cyrinno, segundo a qual “o discurso de que a juridicidade seria um meio de controle mais forte e apropriado para estreitar a ação administrativa à vontade constitucional, se malconduzido, pode implicar menor vinculação e abusos. O agente público que age consoante o resultado da ponderação de princípios constitucionais (inclusive o da legalidade) acaba possuindo um leque mais aberto de opções, inclusive numa denominada juridicidade contra legem¹³¹. O administrador público que aplica a Constituição, além de interpretar os conceitos abertos presentes nas leis, pode refiltrá-las à luz dos — ainda mais flexíveis e por vezes contraditórios — princípios constitucionais. O dever de ponderar os princípios constitucionais em jogo contribui para racionalizar o processo de tomada de decisão, mas não afasta a circunstância de que a aplicação do postulado da proporcionalidade é apta a gerar, hipoteticamente, mais de um resultado válido e conferir mais liberdade ao agente, ou mesmo arbitrariedades” (CYRINNO, 2017, p. 196-197). A vinculação administrativa ao Direito pode, realmente, ser *afrouxada* se se pautar na Constituição e nos

¹³⁰ Algo que se nota muito bem, por exemplo, nas palavras de Alexandre dos Santos Aragão: “Com efeito, evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à ‘lei e ao Direito’, o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei do Processo Administrativo Federal (art. 2º, Parágrafo único, 1). A esta formulação dá-se o nome de Princípio da juridicidade ou da legalidade em sentido amplo. Note-se que esta formulação é uma mão de via dupla: serve tanto para restringir a ação da Administração Pública não apenas pela lei, mas também pelos valores e princípios constitucionais, como para permitir a sua atuação quando, mesmo diante da ausência de lei infraconstitucional específica, os valores da Constituição (lei constitucional) impuserem a sua atuação” (ARAGÃO, 2004, p. 63).

¹³¹ Referida por Gustavo Binembojm como o fruto do “reconhecimento da validade jurídica dos efeitos de atos da Administração praticados em desconformidade com a lei, mas ancorados diretamente na Constituição. Essa é uma das consequências da perda da posição da centralidade que a lei outrora ostentava nos sistemas jurídico-administrativos, e sua transformação em apenas mais um dentre outros princípios constitucionais reitores da atuação da Administração Pública” (BINEMBOJM, 2014, p. 183-184).

direitos fundamentais, os quais não oferecem diretivas para a solução de casos particulares (HAIROU, 2001, p. 62).

Deveras, a doutrina da juridicidade administrativa, especialmente no que tange à proposta da centralização constitucional no sistema vinculativo da Administração Pública ao direito, fornece, ainda que implicitamente, uma aparente e genérica “*autorização*” para que o administrador público, valorando sua conduta diretamente no proclamado “*cerne jurídico vinculativo*”, a saber, na Constituição Federal, exerça um “*juízo de constitucionalidade*”¹³² sobre a atividade administrativa a seu encargo, circunstância que pode muito bem ampliar o subjetivismo no fundamento de sua ação e, em consequência, aumentar sobremaneira sua discricionariedade, sua “liberdade de atuação”. O risco consistente na má condução da proposta encabeçada pela ideia da juridicidade, desta feita, traduz-se numa abstrata *prescindibilidade* da ordenação jurídica infraconstitucional como *necessária* ao sustento da atuação administrativo-estatal¹³³. É expressamente sustentado que “a supremacia da Constituição aponta no sentido da invalidação da lei, liberando os órgãos e entidades administrativas de sua execução” (BINENBOJM, 2014, p. 184)¹³⁴. Em tal cenário, leis, decretos, regulamentos, normas regimentais, instruções normativas, dentre outras formas de manifestações de cunho normativo, podem ter, em tese e em *qualquer caso*, seu conteúdo desconsiderado pela própria Administração Pública, a pretexto de atender ao “comando maior” da Constituição Federal. Por certo, tal solução pode e deve ser adotada quando se verificar uma situação de descompasso jurídico entre as normas em comento. No entanto, e isto é o que se precisa destacar, a ideia que enxerga nas normas constitucionais o “núcleo” da vinculação administrativa, sobrelevando-as em relação às demais normas, involuntariamente *consente* que, na identificação do específico e necessário suporte jurídico-normativo sobre certa ação administrativa, seja a Constituição invocada em casos para os quais ela não, propriamente, se aplica, mas em relação aos quais uma suposta intercomunicação pode ser facilmente construída e defendida sob o alvitre da flexível e maleável *textura constitucional*¹³⁵.

¹³² “Com efeito, fundando-se juridicamente a atividade administrativa direta e primariamente na Constituição, não há como negar à Administração Pública a condição de intérprete e executora da Lei Maior” (BINENBOJM, 2014, p. 184).

¹³³ “Não se pode rejeitar a legalidade formal como comando normativo constitucional de heterovinculação positiva da ação administrava. A legalidade não é um comando facultativo” (CYRINNO, 2017, p. 196-197).

¹³⁴ “As Constituições brasileiras colocam historicamente entre os pressupostos essenciais a noção de que a lei é a medida necessária de deveres, direitos e obrigações, tanto nas relações privadas como no plano da atividade pública” (TÁCITO, 1996, p. 125).

¹³⁵ Isso é bastante perceptível na lição de Gustavo Binjenbojm. Veja-se: “Admite-se, assim, que em campos não sujeitos a *reservas de lei* (formal ou material), a Administração Pública possa legitimamente editar regulamentos autônomos, desde que identificado um interesse constitucional que lhe incumba promover ou preservar. O

O discurso que vislumbra uma causalidade jurídica entre a ideia da juridicidade administrativa e a restrição da discricionariedade deve, portanto, ser cuidadosamente reavaliado, ante a previsibilidade da ocorrência de hipótese juridicamente antagônica. Como bem anotado por Sérgio Guerra, a evolução das escolhas administrativas caminha para uma nova fase, que não nega a necessidade de se *ampliar* a atuação estatal executiva (GUERRA, 2008, p. 248). A doutrina da juridicidade, no âmbito do direito brasileiro, conquanto possua o mérito de atualizar o projeto do estado de direito no direito administrativo ao situá-lo na lógica do constitucionalismo (CYRINNO, 2017, p. 197), traz a si, todavia – e conseqüentemente –, o ônus do esclarecimento, da fundamentação, da precisão dogmática. Há premissas, avançadas pelos defensores de dita doutrina, que clamam reexame. Há fatores sensíveis em jogo. Afinal, “uma teoria que advogue o esvaziamento do dever constitucional de vinculação administrativa à lei formal traz o risco do pesadelo linzeriano: uma administração pública liderada por um presidente poderoso e autocrático” (CYRINNO, 2017, p. 199).

fundamento de tal poder regulamentar autônomo ou independente é a norma constitucional que atribui diretamente à Administração o encargo de preservar ou promover determinado estado de coisas; cumprindo-lhe atuar em tal desiderato, está a Administração implicitamente autorizada pela Lei Maior a editar os atos normativos necessários ao alcance do fim” (BINENBOJM, 2014, p. 179).

3. LEGALIDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE

O tema do controle da Administração Pública disputa - talvez com o dos “serviços públicos” ou o da “regulação” - o título da disciplina sobre a qual mais *controversas* persistem no âmbito do direito administrativo brasileiro, sem que por isso não se reconheça nela um dos mais importantes compartimentos do Direito Administrativo (MAFFINI, 2016, p. 272). Matéria de difícil sistematização¹³⁶, sobre ela, destarte, subsistem diversas incertezas, imprecisões teóricas e dúvidas conceituais e mesmo classificatórias, as quais são compartilhadas, no mais das vezes, por doutrina, pela jurisprudência e pelos próprios órgãos públicos quando do exercício de sua atividade precípua, amplamente considerados - até porque, no Estado de Direito, a Administração Pública sujeita-se a múltiplos controles (BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 965). Deseja-se, aqui, investigá-la, em pontuais aspectos, sob a ótica do princípio da legalidade administrativa, a saber, sob uma perspectiva que correlacione os institutos jurídicos básicos do controle da Administração Pública com o conteúdo no presente trabalho defendido como próprio ao princípio da legalidade, considerando-se, especialmente, as formas concretas de sua manifestação e de sua aplicação e operabilidade prática.

Em síntese, o controle da Administração Pública pode ser definido como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos três Poderes, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com o ordenamento jurídico (DI PIETRO, 2018, p. 916). Confrontando-se os mecanismos jurídicos pelos quais realiza-se essa atividade fiscalizatória sobre a Administração Pública do Estado – mormente, consigne-se, as consequências jurídicas que de tal exercício exsurgem a este viáveis – com o conteúdo próprio da legalidade administrativa, afloram-se, com efeito, instigantes questionamentos. Há “identidade jurídica” entre a “*legalidade*” constante do “princípio da *legalidade* administrativa” e a constante do “controle de *legalidade*”? Este controle “de *legalidade*” – como subespécie classificatória - referencia, primordialmente, a *legalidade* propriamente dita, enquanto princípio constitucional administrativo, de modo a concebê-la como o “principal” ou o “mais importante” parâmetro de aferição de validade da atividade administrativa? Assim, qual o papel que o

¹³⁶ O ilustre jurista Miguel Seabra Fagundes, em meados da década de 40 do século passado, já notava, a corroborar a dificuldade em se sistematizar a disciplina ora em apreço, que “É possível afirmar que, hoje em dia, nenhum país aplica um sistema de controle puro, seja por meio do Judiciário, seja por meio de tribunais administrativos. O que se dá em todas as organizações políticas mais conhecidas é a adoção dum tipo misto, com a prevalência ora de um, ora de outros desses órgãos” (FAGUNDES, 2010, p. 140).

princípio da legalidade possui no âmbito do exercício do *controle* de legalidade? Nesse contexto, qual o sentido jurídico da *ilegalidade* no âmbito do direito administrativo brasileiro? Ainda, o *dever* de a Administração Pública promover o saneamento de seus atos *ilegais* ou reconhecidamente *inválidos* decorre, propriamente, do princípio da legalidade administrativa? Como se travam, nessa complexa conjuntura, os diálogos entre a legalidade e os demais princípios administrativos no seio da atividade controladora do Estado?

São tais os questionamentos que motivam o presente capítulo, que intenderá enfrentá-los, respondendo-os na medida em que o for possível. Para tanto, entendemos por oportuno, num primeiro momento, realizar o que denominaremos de “enfrentamento semântico” entre o *princípio* da legalidade e o *controle* de legalidade, ao intento de, como a própria expressão por nós empregada já o manifesta, perquirirmos eventual afinidade conceitual e, por conseguinte, também jurídica entre os “termos” supramencionados. Realizado tal específico cotejo, investigaremos, num segundo momento, a posição do princípio da legalidade administrativa na identificação dos parâmetros jurídicos de controle sobre a atividade administrativa do Estado. Neste tocante, almeja-se evidenciar, especialmente, que o caráter multifário do ordenamento jurídico – notadamente em relação ao direito administrativo e a sua *pluralidade de fontes normativas* -, tal como defendido neste ensaio, atesta a inegável pluralidade de parâmetros controladores sobre a Administração Pública, de modo a se reconhecer que a atividade controladora não pode restar suficientemente compreendida sobre uma concepção que restrinja-se a preconizar uma aferição meramente subsuntiva entre o objeto controlado e a legalidade administrativa. Após, adentraremos ao que consideramos ser um ponto mais “sensível” do presente capítulo, qual seja, o dizente ao suposto *vínculo* existente entre o princípio da legalidade e a *potestade anulatória* do Poder Público, procurando elucidar o sentido jurídico da *ilegalidade* no direito administrativo brasileiro e sustentar que inexistente um dever anulatório pautado direta e imediatamente no princípio da legalidade administrativa. Por fim, desejamos promover uma releitura acerca dos sentidos que se depreendem da relação entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica, pretendendo-se desmistificar o alegado “confronto ponderativo convergente” que alegadamente travam no seio da atividade controladora da Administração Pública.

3.1. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E CONTROLE DE LEGALIDADE: ENFRENTAMENTO SEMÂNTICO

No âmbito do estudo do controle da Administração Pública, fala-se em controle *de legalidade*, sobretudo, dentro de um viés classificatório que discrimina esta forma de controle do denominado controle “de mérito”¹³⁷. Ou seja, sob determinado critério de classificação, a saber, o condizente à “natureza do controle” ou ao “conteúdo de que se reveste o ato controlador”¹³⁸ – adotado, saliente-se, em âmbito doutrinário e jurisprudencial -, identificam-se duas formas ou espécies de controle, quais sejam, o de legalidade e o de mérito. O controle de legalidade é tido como aquele que tem por objeto verificar, em termos bastante genéricos, a observância das normas aplicáveis em relação à determinada conduta administrativa¹³⁹. É aquele em que o órgão controlador faz o confronto entre a conduta administrativa e uma norma jurídica vigente e eficaz, que pode estar na Constituição, na lei ou em ato administrativo impositivo de ação ou de omissão (CARVALHO FILHO, 2014, p. 978). O de mérito, a seu turno, seria aquele tendente ao exame da “conveniência” e da “oportunidade” de determinada ação pela Administração Pública exarada, notadamente naquelas situações de exercício de sua competência discricionária. Legalidade e mérito, assim, tratam-se, ao olhar da doutrina mais

¹³⁷ Quanto a este ponto, relevantíssima a anotação de Paulo Modesto, o qual, em tom crítico à doutrina publicista brasileira, afirma - referentemente às formas de prestação de serviços públicos, mas cuja lição adequadamente se amolda à questão atinente à classificação aqui mencionada - que, “Em geral, nessa como em outras matérias, a doutrina dominante tem manifestado *preferência por classificações binárias*. De fato, é usual que conceitos técnicos relevantes do direito público brasileiro sejam enunciados em duplas. Dicotomias como serviço público/atividade de exploração econômica, ato vinculado/ato discricionário, cargo efetivo/cargo de confiança, entre muitas outras, são apresentadas como adequadas e suficientes para a tradução do Direito vigente. A observação da ordem jurídica positiva revela, no entanto, que algumas dicotomias tradicionais mostram-se hoje *excessivamente simplificadoras*. Mais: a adoção de dicotomias rígidas, associada à ausência de uma classificação adequada às atividades do Estado, tem contraditado normas constitucionais expressas e produzido, frequentemente, incompreensões e bloqueios a novas experiências de reforma da atividade política, tornando *árdua e insegura a implantação de novos modelos de gestão e a própria aplicação do Direito vigente*” (MODESTO, 2011, p. 468-469).

¹³⁸ Também já foi e o é adotado como o critério que define a “extensão” do controle. Leia-se: “Quanto à extensão, restringe-se o pronunciamento judicial à apreciação do ato, no que se refere à conformidade com a lei. Relativamente às consequências, limita-se a lhe negar efeito em cada caso especial. Por isso, o pronunciamento do órgão jurisdicional nem analisa o ato do Poder Executivo, em todos os seus aspectos, nem o invalida totalmente. Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o *mérito* dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da *legalidade*. Este é o limite do controle, quanto à extensão” (FAGUNDES, 2010, p. 179).

¹³⁹ Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, o controle de legalidade “objetiva verificar unicamente a conformação do ato ou do procedimento administrativo com as normas legais que o regem. Mas por legalidade ou legitimidade deve-se entender não só o atendimento de normas legisladas como, também, dos preceitos da Administração pertinentes ao ato controlado. Assim, para fins deste controle, consideram-se normas legais desde as disposições constitucionais aplicáveis até as instruções normativas do órgão emissor do ato ou os editais compatíveis com as leis e regulamentos superiores” (MEIRELLES, 2015, p. 799).

tradicional, de conceitos que, entre si, se repelem, que expressam natureza diversa e que se movimentam em planos diferentes (CRETILLA JÚNIOR, 1977, p. 72). No controle de mérito, com efeito, diz-se que nada se questiona sobre a legalidade da conduta; afere-se apenas se uma conduta anterior merece prosseguir ou se deve ser revista (CARVALHO FILHO, 2014, p. 978-979). No entanto, o fator que nos parece ser o determinante à demarcação distintiva ora em análise consiste, mais precisamente, nas consequências jurídicas de que cada espécie - dentre essas duas formas de controle - possam surtir. Destarte, aduz-se que, do controle de legalidade, decorrerá o reconhecimento da validade, a anulação ou a convalidação do ato controlado. Quanto ao controle de mérito, por sua vez, deste só poderá resultar a revogação - ou, é claro, a manutenção - da conduta ou do ato em exame. Sem a necessidade de aprofundarmos em maior detalhamento a subdivisão classificatória em apreço, faz-se mister, ao intento deste ensaio, avaliarmos o caráter do controle “de legalidade”, a fim de bem posicioná-lo em relação ao *princípio* da legalidade administrativa.

Quando a doutrina majoritária afirma que o *controle* de legalidade consiste, em síntese, na conferência entre o objeto controlado e o ordenamento jurídico, no sentido de se perquirir se aquele prestou a devida observância a este, constata-se, de fato, uma aproximação desta proposta conceitual em relação ao conteúdo primário, tal como defendido neste trabalho, como próprio ao *princípio da legalidade*, segundo o qual se deve, entre a atuação administrativa do Estado e a ordenação jurídica que lhe serve ao amparo, existir uma identificável *conformidade jurídico-normativa* - tão citada nesta dissertação como o necessário *pano de fundo* ao agir administrativo -, a qual, a seu turno, é circunstancialmente delineada e aferida de acordo com as peculiaridades do caso concreto¹⁴⁰. Assentando-se em tal raciocínio, poder-se-ia, justificavelmente, concluir que o “*controle*” de legalidade traduziria um esforço no sentido de tão somente verificar se o “*princípio*” da legalidade administrativa fora, de fato, respeitado. Ou seja, segundo essa particular concepção, o controle de legalidade exprimiria, primordialmente,

¹⁴⁰ Note-se a aferição prática de tal conformidade, por exemplo, no julgado que segue, do Supremo Tribunal Federal, que reconhece em Portaria Ministerial o suporte jurídico à legitimidade de determinada ação administrativa: “A Portaria n. 931/2005 do Ministério da Defesa, que alterou a fórmula de cálculo do auxílio-invalidez para os servidores militares, está em harmonia com os princípios da legalidade e da irredutibilidade de vencimentos. Resumo: A alteração da forma de cálculo do auxílio-invalidez devido aos servidores militares não viola os princípios da legalidade e da irredutibilidade de vencimentos, desde que o valor global da remuneração não sofra redução. Isso porque o que a Constituição Federal assegura é a irredutibilidade nominal da remuneração global, isto é, o montante constituído pela soma de todas as parcelas, gratificações e outras vantagens percebidas pelo servidor. Além disso, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido da inexistência de direito adquirido a regime jurídico e de direito à forma como são calculados os vencimentos, de modo que é possível suprimir ou alterar auxílios, adicionais, gratificações ou outras parcelas, sob a condição de que seja preservada a irredutibilidade nominal da remuneração global”. (RE 642890/DF, rel. Min. Nunes Marques, julgamento 07/10/2022 - Informativo 1071).

a confirmação a respeito do acatamento, pela Administração Pública, do princípio da legalidade administrativa. No entanto, o que tal linha argumentativa deixa, muitas vezes, de explicitar, é o fato de que a legalidade administrativa é *uma*, dentre várias, das normas que consubstanciam parâmetros controladores sobre a atividade administrativa, de modo que a pluralidade jurídico-normativa, presente no ordenamento jurídico brasileiro, e da qual se extrairá aquela mencionada conformidade jurídico-normativa sobre a atuação administrativa, e que se faz inerente, da mesma forma, à “construção” de ditos parâmetros controladores sobre a mesma, não permite afirmarmos que o “controle” de legalidade prime a observância do “princípio” da legalidade, porquanto aquele tem a seu dispor, na aferição sita ao plano de validade dos atos exarados pela Administração Pública, todo um complexo normativo que não se resume à observância estrita da legalidade administrativa¹⁴¹.

A “legalidade”, assim, assume diferentes conotações jurídicas - e semânticas - quando empregada na norma “princípio da *legalidade* administrativa” e quando empregada para descrever a espécie “controle de *legalidade*”. Essa constatação é importante, por sua vez, para que se possa compreender que “controlar a legalidade” não se resume, a despeito de o contrário consubstanciar raciocínio juridicamente intuitivo, à verificação da observância, pela Administração Pública em sua atuação, do princípio da legalidade administrativa. Por certo, o abrange, mas nele não se esgota, e nem poderia assim o ser, afinal, o próprio ato resultante da atividade controladora também pelas próprias diretrizes e fundamentos desta o será controlado. O princípio da legalidade é um importante parâmetro de aferição da validade, sim, dos atos administrativos lato sensu. No entanto, não é o único, e nem, por qualquer razão, o “mais

¹⁴¹ A propósito, interessante assinalar que, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em anuência a certos posicionamentos doutrinários, afirma-se que, em decorrência da adoção da teoria da juridicidade administrativa, a *intensidade* do tradicional controle de legalidade sofre, também, releitura. Leia-se: “A releitura da atávica dicotomia entre atos vinculados v. atos discricionários pela moderna dogmática do direito administrativo, autoriza o controle jurisdicional mais ou menos intenso nos atos praticados pelas comissões organizadoras de concurso público conforme o grau de vinculação do ato administrativo (edital) à juridicidade, notadamente quando se verificar desvio da finalidade na atribuição de pontuação aos títulos dos candidatos ou quando esta for manifestamente desproporcional à luz das exigências editalícias” (Mandado de Segurança nº 26849, rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 10/04/2014, DJ 21/05/2014). Faz-se mister, também, trazer à colação a lição de Odete Medauar, segundo a qual “O *princípio da legalidade também em outros ordenamentos passou a assentar em bases valorativas*, ‘amarrando’ a Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que informam todo o ordenamento. Assim, por este aspecto, o princípio da legalidade significa não mais a relação lei – ato administrativo, mas a dimensão larga, ordenamento – Administração” (MEDAUAR, 2017, p. 172). Registre-se, ademais, que tal orientação já se encontrava nas palavras de Hely Lopes Meirelles, o qual, definindo o “controle de legalidade”, nos explica que “É o que objetiva verificar unicamente a conformação do ato ou do procedimento administrativo com as normas legais que o regem. Mas por *legalidade* ou *legitimidade* deve-se entender não só o atendimento de normas legisladas como, também, dos preceitos da Administração pertinentes ao ato controlado. Assim, para fins desse controle, consideram-se *normas legais* desde as disposições constitucionais aplicáveis até as instruções normativas do órgão emissor do ato ou os editais compatíveis com as leis e regulamentos superiores” (MEIRELLES, 2014, p. 782).

importante”. Princípios outros e demais regras jurídicas revestem-se, por igual, de tal salutar desiderato. A legalidade administrativa, determinando a conformação da ação administrativa ao Direito, exerce uma *função*. É dotada, nesse sentido, de um caráter prescritivo a ela próprio e específico. Moralidade, impessoalidade, publicidade, transparência, eficiência, segurança jurídica, motivação, finalidade, dentre tantos outros princípios administrativos juridicamente reconhecidos, também, cada qual, desempenham uma *função* no amplo esquema do controle “de legalidade” sobre a atuação administrativa do Estado. Identificar os particulares sentidos que tais diferentes funções assumem é o papel do atual administrativa brasileiro, a fim de bem aplicá-los a circunstâncias que concreta e pragmaticamente os demandem.

O princípio da legalidade administrativa e a disciplina do controle da Administração Pública são temas do direito administrativo que demandam, como se faz ver, constante acareação, a fim de se evitar, sobretudo, que em relação aos mesmos promova-se - como ainda muito se vê, infelizmente, na doutrina administrativista e jurisprudência brasileiras¹⁴² - uma certa “simbiose” em suas particulares significações¹⁴³. É preciso superar o entendimento que enxerga no *controle* de legalidade e no *princípio* da legalidade duas faces de uma mesma moeda. O controle tem espectro muito mais abrangente. Sua finalidade é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade (DI PIETRO, 2010, p. 728). As normas que o informam não se limitam, desta feita, à observância da legalidade administrativa, ou à tão proclamada e abstrata “observância da lei e do Direito”. O controle exige – e deve exigir – mais do isso. Deve estar incumbido de um propósito *realizador* da boa-administração¹⁴⁴⁻¹⁴⁵. Nesta senda, deve possuir uma feição

¹⁴² Veja-se, por exemplo: “Não se cogita, contudo, em nulidade da aplicação da multa, pois conforme restou demonstrado nestes autos, a autuação se deu sob o manto da legalidade e, para tal, independe da ocorrência da aferição de dolo ou má-fé do contribuinte” (TJSP, Apelação Cível nº 1003345-15.2018.8.26.0587; rel. Des. Cláudio Augusto Pedrassi, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 03/11/2022).

¹⁴³ Como se percebe, por exemplo, na lição de José Afonso da Silva: “O princípio de que a Administração se subordina à lei – *princípio da legalidade* – revela-se como uma das conquistas mais importantes da evolução estatal. Seria, contudo, ineficaz, se não se previssem meios de fazê-lo valer na prática. A *função de fiscalização* engloba esses meios que se preordenam no sentido de impor à Administração o respeito à lei, quando sua conduta contrasta com esse dever, ao qual se adiciona o *dever de boa administração*, que fica também sob a vigilância dos sistemas de controle” (SILVA, 2005, p. 749). Ainda, segundo reiterado entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “o controle jurisdicional do PAD restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e à legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal” (Agravo Interno no Mandado de Segurança nº 28.370/DF, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 29/11/2022, DJe 02/12/2022).

¹⁴⁴ Tema estudado com maestria por Juarez Freitas, na obra *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, publicado pela editora Malheiros em 2009.

¹⁴⁵ Diogo de Figueiredo Moreira Neto sustenta uma expansão do controle, “que abrange, assim, todo o espectro temporal e todos os desdobramentos prováveis, *cada vez mais importantes, por devolverem aos cidadãos a segurança quanto a seu próprio futuro e a de seus respectivos países* e por abrir-lhes a possibilidade de

também *subjetivada*, que imprima na sua atividade um ideal protetivo¹⁴⁶, características tais que não necessariamente restam encapadas pelo *princípio* da legalidade¹⁴⁷. Mais uma razão pela qual se mostra tão relevante traçar a correta delimitação do conteúdo jurídico desta especial norma principiológica ao Poder Público aplicada, a fim de que, blindando-a de tendências que a deformem, consiga-se, outrossim, “frear” sua irrefletida invocação a circunstâncias que não necessariamente a comportam, até porque, ao dar-se ênfase excessiva ao princípio da legalidade da Administração Pública e ao aplicá-lo a situações em que o interesse público estava a indicar que não era aplicável, desfigura-se o Estado de Direito e acaba-se por negar justiça (COUTO E SILVA, 2015, p. 41).

participarem mais intensamente e com proveito geral, no governo e na administração que é legitimamente seu – a *res publica* –, ao mesmo tempo em que se beneficiam, em participando, ao abrirem novas oportunidades de exercitar, sob novas modalidades, sejam diretas ou indiretas, as saudáveis *práticas da democracia*” (MOREIRA NETO, 2018, p. 181).

¹⁴⁶ Para Egon Bockman Moreira, “Hoje, vivemos situação jurídica de interdependência, cooperação e convivência entre os ditos poderes do Estado. Isso importa dizer que os órgãos decisórios (todos eles), no contexto normativo que conforma as democracias constitucionais contemporâneas, devem trabalhar a partir das premissas da *tutela da continuidade da ordem jurídica*, em sentido amplo” (MOREIRA, 2018, p. 245).

¹⁴⁷ Aliás, Carlos Ari Sundfeld chega a defender que, “Em termos exclusivamente lógicos, o Estado de Direito pode prescindir da subordinação do ato administrativo à lei e do Executivo ao Legislativo. Basta preservar em vigor o dogma de que o ato da Administração não pode ser fruto do capricho (mesmo que não haja uma *lei* a sujeita-lo). Para o sistema funcionar, na prática, é preciso um símbolo indicando a impossibilidade de o Executivo agir arbitrariamente. Esse símbolo, ainda hoje, em grande medida é a lei; mas é possível trocá-lo por espécies normativas outras” (SUNDFELD, 2017, p. 290-291).

3.2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA NA IDENTIFICAÇÃO DOS PARÂMETROS JURÍDICOS DE CONTROLE SOBRE A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DO ESTADO

O princípio da legalidade administrativa é uma, dentre várias, das normas consagradas de parâmetros jurídicos de controle sobre a atuação administrativa e, como tal, não deve ser indevidamente sobrelevado no exercício prático do controle de legalidade que sobre aquela é hodiernamente realizado. A legalidade administrativa, assim, situa-se, com demais princípios e normas - constitucionais e infraconstitucionais -, num plano *horizontalizado*. A atividade controladora, ainda que expressada no “controle *de legalidade*”, não dialoga, desta feita, apenas com o princípio da legalidade, mas com toda a ordenação jurídica que se lhe apresenta. Analisar a existência de uma particular conformidade jurídico-normativa entre determinada ação administrativa e o ordenamento jurídico, portanto, não basta à desejável completude e concisão esperadas da atividade controladora, seja ela interna ou externamente exercida, vez que informada por valores outros que, conjuntamente com a legalidade, fornecerão as bases sobre as quais aquela se assentará no plano prático. Para além da identificação de dito suporte jurídico, próprio do sentido da legalidade administrativa¹⁴⁸, deve o agente público controlador também perquirir se a conduta pelo mesmo controlada respeita o ordenamento jurídico, como um todo, enfrentando, para tanto, sua ínsita *plurinormatividade*¹⁴⁹, significa dizer, a pluralidade de prescrições jurídicas promulgadas por diferentes órgãos (MAURER, 2001, p. 21)¹⁵⁰.

¹⁴⁸ A título exemplificativo, veja-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça, a qual avaliza determinada atuação sob a perspectiva da legalidade em que aqui sustentada, examinando justamente a presença daquele suporte ou amparo jurídico-normativo que lhe fundamenta e que, por conseguinte, ateste a consonância do ato em relação àquela: “De início, é de se ressaltar que a Constituição Federal/1988, em seus arts. 96 e 99, assegura ao Poder Judiciário autonomia administrativa e competência privativa para a organização do funcionamento dos seus prédios. Por seu turno, o art. 3º da Lei n. 12.694/2012, autoriza a adoção pelos tribunais de providências destinadas à segurança dos seus prédios. De rigor mencionar que o Conselho Nacional de Justiça, exercendo a atribuição que lhe foi outorgada pelo art. 103-B, § 4º, da CF/1988, recomendou a edição de normas, pelos Tribunais, restringindo o ingresso de pessoas armadas em suas instalações, o que ensejou a edição da Resolução n. 104/2010 - CNJ (alterada pela Resolução n. 291/2019 - CNJ). Com base nesse panorama, evidencia-se a legalidade de portaria editada pelo Juiz Diretor do Foro de Comarca que restringiu o ingresso de pessoas armadas com arma de fogo nas dependências do Fórum, mormente quando ali ficarem ressalvadas as exceções (hipóteses de permissão de ingresso de pessoas portando arma de fogo). Por fim, vale ressaltar que inexistente qualquer incompatibilidade do ato em destaque com a Lei n. 10.826/2003, uma vez que as áreas afetas ao Fórum são controladas por sua própria administração, a quem incumbe o exercício do poder de polícia e a garantia da segurança local” (Mandado de Segurança nº 38.090, rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 10/03/2020, *DJe* 16/03/2020).

¹⁴⁹ Afinal, “a Constituição deve ser interpretada a partir de suas *normas*, do *direito positivo*, sob pena de se distorcer seu conteúdo” (SUNDFELD, 2015, p. 37).

¹⁵⁰ Sobre a inerente complexidade que grifa a ordenação jurídica e a consequente vinculação administrativa ao Direito, entendemos por oportuno transcrever a lição de Paulo Otero, a despeito de, em relação à mesma,

É neste preciso sentido, também, que sustentamos que o princípio da legalidade administrativa não pode ser compreendido sob o tradicional jargão da “necessidade de observância da lei e do Direito”. A legalidade demanda que a conduta administrativa do Poder Público encontre uma fundamentação jurídica, ou seja, que haja, no ordenamento jurídico, uma ou mais normas que, concretamente, com a ação administrativa diretamente dialoguem, encerrando um conteúdo jurídico de natureza perceptivelmente “*permissiva*”, positiva a que a Administração Pública proceda de determinada forma. Vale dizer, para a legitimidade de um ato administrativo é insuficiente o fato de não ser ofensivo à lei. Cumpre seja praticado com embasamento em alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo (BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 992). Desta feita, o ato administrativo consequente de determinada conduta administrativa adotada pelo Estado será controlado, sob o viés da legalidade, sob esse aspecto, é claro, mas também sob muitos outros, consistentes em demais normas que, em que pese, hipoteticamente, possam atestar a existência deste suporte jurídico-normativo, podem também alicerçar o reconhecimento da *invalidade* da ação administrativa, no caso em que analisada, em virtude de eventual afronta a outros princípios, ou mesmo a outras regras. Do exposto, vê-se que a pluralidade normativa que grifa o ordenamento jurídico brasileiro também marca, por subsunção lógica, a pluralidade de parâmetros jurídicos de controle sobre a atuação estatal de cunho administrativo. Tal pluralidade, ademais, onera a atividade controladora, a qual deve inteirar-se em tal caráter multifário, complexo e ordenado com o qual se adorna a ordenação jurídico-normativa brasileira. De modo que resta-nos indagar: tomando-se a legalidade administrativa como um, dentre vários, dos parâmetros de controle sobre a Administração Pública, qual seria, por conseguinte, o sentido jurídico da *ilegalidade* porventura constatada em determinada atuação administrativa?

guardarmos certas ressalvas. Para o jurista português, “o Direito não se esgota em actos jurídicos provenientes de fontes formais, simples produto da vontade do poder expressa em procedimentos previstos ou regulados pelas normas constitucionais, mostrando-se susceptível de também compreender normas que escapam totalmente a mecanismos formais de produção, daí se afirmar que a juridicidade nunca se pode esgotar na simples normatividade criada por uma autoridade legitimada na Constituição formal: num Estado de juridicidade, o Direito, sem prejuízo de compreender também a ‘legalidade democrática’, enquanto expressão da vontade política das estruturas decisórias legitimadas à luz das normas constitucionais, não se reduz a tais fontes”, afirmando, em sequência, que “o próprio Direito infraconstitucional criado por mecanismos formais não tem a sua validade necessariamente circunscrita à respectiva conformidade a normas legais de competência ou de procedimento que foram positivadas pelas estruturas decisórias do poder, antes poderá essa validade depender da conformidade directa do conteúdo de tais normas com os princípios fundamentais e os valores suprapositivos que, transcendendo a própria Constituição, traduzem parâmetros vinculativos e de inerente aferição da validade de todo o Direito positivo” (OTERO, 2003, p. 24-25).

3.3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA E A POTESTADE ANULATÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O SENTIDO JURÍDICO DA ILEGALIDADE NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Ao afirmarmos a multiplicidade de parâmetros de controle sobre a Administração Pública, dentro, reitere-se, do exercício próprio do controle de legalidade, depreende-se, por conseguinte, que várias são as normas que podem vir a fundamentar o reconhecimento da “invalidade” – aqui tomada em sentido amplo - de determinada atuação administrativa, a demandar o consequente saneamento. Assim, o ordenamento jurídico assume, em sua inteireza, a função de *critério de validade* sobre a ação administrativa. Por derradeiro, e no que tange aos princípios administrativos, não apenas a legalidade, mas a impessoalidade, a segurança jurídica¹⁵¹, a moralidade, a publicidade, a finalidade, a motivação, a eficiência, dentre outros, assumem também, desta feita, a posição de critérios aferidores de validade sobre a atividade externada pela Administração Pública (e mais, não apenas os princípios expressos, mas também aqueles chamados “implícitos”, razoavelmente deduzidos do sistema jurídico). Em tal cenário, o arcabouço principiológico à Administração Pública aplicado funciona como verdadeiro preceito do qual - e de cada princípio dele integrante - se pode principiar o delineamento do fundamento jurídico de *desfazimento* de específica e determinada conduta administrativa adotada pelo Estado¹⁵² (desfazimento este aqui tomado em sentido genérico, que se pode expressar tanto na “invalidação” quanto na “anulação”, sem que, entre tais consequências, perceba-se, imediatamente, uma flagrante dessemelhança).

A *invalidade*, portanto, que se vislumbre sobre determinada atuação administrativa em sentido lato, decorre, essencialmente, do seu confronto com a ordenação jurídica¹⁵³, afinal, a

¹⁵¹ Afinal, “a faculdade que tem o Poder Público de anular seus próprios atos tem limite não apenas nos Direitos Subjetivos regularmente gerados, mas também no interesse em proteger a boa fé e a confiança (*Treue und Glaube*) dos administrados” (COUTO E SILVA, 2015, p. 31).

¹⁵² “*Desafazer* o ato administrativo é suprir-lhe os efeitos, é impedir que continue a atuar no mundo jurídico. *Desfazimento* é gênero de que *anulação* e *revogação* são espécies. *Desfaz-se* o que entrou mal no mundo jurídico, quer porque contrariou o texto legal, quer por ser *inoportuno* ou *inconveniente*, ou ainda, ao mesmo tempo, *inoportuno* e *inconveniente*” (CRETELLA JÚNIOR, 1977, p. 262).

¹⁵³ A própria etimologia do termo “controle”, como bem anotado por Odete Medauar, atesta seu desígnio “confrontativo”. Na lição da autora, digna de destaque: “O termo *controle* é um galicismo, se considerado sob o ângulo da pureza linguística, mas hoje integra o vocabulário usual. Segundo Bergeron, no dicionário Quillet são atribuídos os seguintes significados ao termo *rôle*: a) peça de pergaminho mais ou menos longa, enrolada ou não, sobre a qual se escreviam os atos, os títulos; b) registro oficial em que se escrevem nomes; c) no âmbito da marinha, o *rôle* de uma equipagem é a lista do estado civil da equipagem. O *contre-rôle* é o registro que efetua o confronto com o registro original e serve para verificar os dados; a expressão foi abreviada, resultando no termo *controle*” (MEDAUAR, 2020, p. 21).

interpretação e a aplicação das normas administrativistas devem lidar com o direito administrativo como totalidade aberta (FREITAS, 2013, p. 59-60). Isso, a seu turno, não se confunde com o conteúdo da legalidade administrativa, mas o abarca. A legalidade, deveras, também promove tal cotejo, mas a fim de verificar se, do ordenamento jurídico, extrai-se aquela *conformidade jurídico-normativa* pela mesma exigida. A defrontação, no entanto, que se realiza no âmbito do exercício do *controle* pretende não apenas convalidar a conduta sob esse específico viés, mas também sob diversos outros presentes e juridicamente reconhecidos no direito brasileiro. Imagine-se, por exemplo, um ato administrativo que transponha determinado crédito orçamentário entre órgãos públicos integrantes da estrutura orgânico-administrativa de um ente federado. Tal ato, avalizado sob a perspectiva da legalidade administrativa, pode encontrar sua fundamentação jurídica, pensemos, na própria lei de diretrizes orçamentárias vigente do ente político (seja esta fundamentação consistente numa “autorização”, numa “faculdade”, ou numa mera previsão de que assim se possa proceder no caso concreto). Assim, poder-se-ia concluir que o ato respeitou, sim, a legalidade administrativa, visto que há, dentro do ordenamento jurídico, uma norma que concretamente o ampare, que positivamente permita sua incidência no mundo jurídico e, conseqüentemente, a produção de seus efeitos no plano fático. No entanto, o contexto em que deflagrado pode denunciar circunstância em que o remanejamento orçamentário perpetrado visava ao atendimento de interesses privados, paralelos à consecução das políticas públicas originalmente visadas pela dotação. Nesse sentido, o ato administrativo, agora avalizado sob o viés, sobretudo, da impessoalidade e da própria moralidade administrativa¹⁵⁴, desvela-se flagrantemente contrário ao Direito, logo, *inválido*. O que este exemplo pretende demonstrar é que o *controle* de legalidade não resta no *princípio* da legalidade circunscrito. A natureza de tal controle impõe seja o mesmo exercido em diálogo com o arcabouço normativo aplicado à Administração Pública, nele incluso seus princípios informadores, as normas constitucionais, em suma, o *direito positivo* propriamente dito. No nosso exemplo, o *controle* de legalidade acusou a *invalidade* do ato, fundada esta, no entanto, não necessária e peremptoriamente no *princípio da legalidade administrativa*.

Entretanto, retomando o caso hipotético acima ilustrado, indaga-se: poderia o ato da transposição orçamentária, no contexto em que praticado, ser tido por *ilegal*? Quanto ao questionamento, entendemos não haver uma resposta correta. Há perspectivas. Se por

¹⁵⁴ Até porque, “uma vez assim distinguida da moral comum, a moral administrativa hoje se afirma como específico critério comportamental próprio do agente administrativo, vinculado não mais apenas à legalidade e à legitimidade, mas também à licitude” (MOREIRA NETO, 2005, p. 96).

“ilegalidade” compreende-se afronta tão somente ao princípio da *legalidade administrativa*, entendemos que a resposta deva ser negativa, uma vez que, como visto, o ato, filtrado à luz de tal princípio, não o macula imediata ou diretamente. No entanto, se se compreender a “ilegalidade” dentro de uma perspectiva abrangente de “invalidade”, de “contrariedade ao Direito” ou de *antijuridicidade*, não vislumbramos razão para que não se considere, também, o ato como *ilegal*. O conceito de “ilegalidade”, todavia, no âmbito do direito administrativo brasileiro, ainda está muito enraizado ao sentido do princípio da legalidade, de maneira a só ser tido como tecnicamente “ilegal” aquilo que àquele represente afronta, direta ou indireta. Todavia, aqui, mais uma vez, a problemática não deve se centrar na nomenclatura, mas no sentido jurídico que decorre do reconhecimento de um *vício* na ação administrativa sob análise, expressado na necessidade de sua “retirada” do mundo jurídico, observados, é claro, os efeitos pela mesma produzidos. Desta feita, no âmbito do direito administrativo, a *ilegalidade* pode tanto ser concebida tão somente como uma violação ao *princípio* da legalidade administrativa, adotando-se um sentido mais *estrito*, como também sob uma compreensão mais extensiva, significa dizer, que a contemple dentro de um plano genericamente “*antijurídico*”.

Seja qual for a interpretação adotada, fato é que reside, em tal âmbito de estudo, um raciocínio que reclama enfrentamento, qual seja, o de que enxerga no *dever anulatório* da Administração Pública uma potestade *diretamente* decursiva do *princípio* da legalidade. Trata-se de conhecida regra: “em razão do princípio da legalidade administrativa, deve a Administração anular seus atos ilegais”. É quase um axioma entre certos administrativistas, e a jurisprudência o bem acolhe. Essa específica argumentação, no entanto, precisa – assentando-se na correta apreensão do conteúdo jurídico do princípio da legalidade - ser repensada - ousamos dizer, até, que clama ser superada.

3.3.1. A INEXISTÊNCIA DE UM DEVER ANULATÓRIO PAUTADO DIRETAMENTE NO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

O conteúdo jurídico imprimido em certa regra – em certa disposição normativa - constante do ordenamento jurídico não se pode confundir com a significação do princípio da legalidade administrativa. Em outras palavras, a norma, propriamente dita - extraída de determinado dispositivo normativo, seja constitucional, legal ou mesmo infralegal -, a sua

expressão imperativa, não pode restar indevidamente inclusa no sentido albergado pela legalidade da Administração Pública¹⁵⁵. De modo que, quando uma lei, a título exemplificativo, impõe um *dever* ao Poder Público, o cumprimento do mesmo pelo Estado não consubstancia, precisamente, uma decorrência ou manifestação do *princípio da legalidade administrativa*. Dessarte, quando, porventura, a Administração exarar atuação reveladora de tal cumprimento legal, da legalidade decorrerá que o respectivo ato dialogue com uma norma que lhe sirva de suporte jurídico, a qual, no caso, provavelmente será aquela mencionada lei, hipoteticamente considerada, de modo que sua exteriorização e o conteúdo que em si encerra serão com ela defrontados, a fim de se perquirir se, em relação à mesma, subsiste, material e formalmente, aquele amparo jurídico-normativo necessário a que assim fosse procedido, da maneira que o foi e, agora sim, repita-se, por força da legalidade administrativa. Percebe-se, nesse sentido, que, do princípio da legalidade aplicado à Administração Pública, não decorre o dever abstrato de cumprir o comando mandamental exposto na norma, mas o dever de que, quando de seu cumprimento, a atuação administrativa que o encerre *conforme-se* à norma que lhe é subjacente, ao regramento jurídico preexistente que lhe reconheça (CIRNE LIMA, 1987, p. 22)¹⁵⁶. São conceitos distintos e distintas, outrossim, as situações em que se verifica o específico cumprimento de norma constante do ordenamento jurídico comparativamente à operabilidade concreta do princípio da legalidade da Administração Pública.

Note-se que a incidência da legalidade administrativa, sob a perspectiva em que aqui adotada, demanda um *parâmetro de aferição*. Assim, se, por exemplo, a Administração Pública, frente a agente público que cumpriu os requisitos legais à concessão de determinada licença, a indefere, o ato é potencialmente violador da legalidade administrativa, visto negligenciar o amparo jurídico que, para este imaginado caso, legitimaria o deferimento (o indeferimento, assim, carecendo daquele suporte jurídico-normativo, viola a legalidade administrativa). Entretanto, se, quanto à mesma situação, a Administração se omite, veja-se que, neste caso, não haverá, propriamente, uma afronta à *legalidade*, visto inexistir um parâmetro sobre o qual possa recair o sentido que lhe é próprio, qual seja, o de verificar a existência de um amparo jurídico-normativo, legitimamente aferível, sobre determinada ação administrativa *exarada*. Isso não

¹⁵⁵ É por esse motivo, dentre outros, que entendemos que a *reserva de lei* não deve ser encarada como um *subprincípio* da legalidade administrativa, afinal, ela decorre, essencialmente, do direito positivo, não do princípio da legalidade. São em dispositivos normativos, constitucionais ou legais, que se verificará eventual norma de reserva legal, não do conteúdo da legalidade à Administração Pública aplicada.

¹⁵⁶ A administrativista Odete Medauar, nessa linha, afirma que a atuação processualizada da Administração Pública, como decorrência direta do texto constitucional, “contrapõe-se à atividade livre; aí se pode ver a face de *observância da legalidade*” (MEDAUAR, 2021, p. 100).

quer dizer, frise-se isto, que não haja “irregularidade” na omissão, a qual ostenta, no caso, flagrante afronta, dentre outros, ao princípio da moralidade - e, possivelmente, violação a dever funcional -, podendo-se, inclusive, em relação ao mesmo, por consequência, restar fundamentado eventual pleito que propugne a concessão da licença pretendida. Em suma, há de se reconhecer que o efetivo cumprimento do comando imperativo presente nas normas jurídicas, representativo da genérica imposição consistente da “observância do ordenamento jurídico”, representa não uma decorrência direta e imediata do princípio da legalidade administrativa, mas uma decorrência natural de valores jurídicos “maiores”, do desenho institucional do Estado de Direito, do princípio republicano, dentre outros. No que tange aos princípios administrativos, poder-se-ia argumentar, com maior correção, que decorre do princípio constitucional da *impessoalidade*, do qual, com efeito, e sob um viés finalístico, depreende-se a imposição de que o administrador somente aja em nome do fim legal, indicado pelas regras legais que embasam sua ação (MAFFINI, 2016, p. 46)¹⁵⁷⁻¹⁵⁸.

No entanto, no âmbito do direito administrativo brasileiro, e em virtude dessa irrefletida associação *indivorciável* que se promove entre o princípio da legalidade administrativa e o proclamado “dever de cumprimento das normas do ordenamento jurídico”, é ainda muito comum, por consequência, associar-se a *potestade anulatória* do Poder Público com o princípio da legalidade, no sentido de aquela consubstanciar uma regra impositiva deste diretamente derivada. Destarte, entende-se que, frente a uma conduta ou ato *inválido*, ou *ilegal*, o *dever* de a Administração Pública promover seu saneamento decorre imediatamente do princípio constitucional da legalidade administrativa, de modo que, por lógica, sua omissão em assim o proceder configuraria afronta à mesma norma principiológica. Tal argumentação possui uma

¹⁵⁷ Argumentamos em tal sentido, outrossim, a fim de que tais princípios, além da legalidade administrativa, também sejam mais invocados na prática forense. O princípio da legalidade administrativa, no cenário jurídico brasileiro, é muitas vezes avençado como uma norma “geral”, da qual, inclusive, decorreriam os demais princípios administrativos. Isso se dá, sobretudo, em razão da identificável carência de ônus argumentativo no que tange ao enfrentamento, no caso concreto, da norma principiológica aplicável. Entendemos ser necessário que se reconheça em cada princípio administrativo a função prescritiva que lhe é própria, a fim de melhor conduzir sua aplicabilidade prática, e não que se enxergue no seu conjunto uma suposta e ideal norma de conteúdo indistinto, demasiadamente valorativo e que encerre na legalidade sua principal expressão jurídica.

¹⁵⁸ Nesse sentido, é interessante notar que há vozes em doutrina que creditam à previsão *expressa* de princípios administrativos, no corpo Constitucional, sua elevação a status de aferição de *validade* da ação administrativa, de modo que se esta, porventura, os contrariar, estará, por conseguinte, maculada de invalidade, passível, portanto, de *anulação*, não havendo, no caso, que se falar em *revogação*. No entanto, anote-se que, a despeito de haver certa aceitação, em linhas gerais, com dita linha de raciocínio, subsiste uma particular reserva no que tange ao princípio da *eficiência*, sustentando-se que o ato administrativo *ineficiente* seria revogável e, não, anulável. Nessa linha, argumenta, dentre outros, Hely Lopes Meirelles: “Em outros casos, o interesse público impõe a verificação da eficiência do serviço ou a utilidade do ato administrativo, exigindo sua modificação ou supressão, ainda que legítimo, mas ineficiente, inútil, inoportuno ou inconveniente à coletividade, o que é feito pela Administração – e somente por ela – através da *revogação*” (MEIRELLES, 2015, p. 778).

razão de ser. É que da legalidade administrativa extrai-se, também, uma identificável função, de natureza notadamente *prescritiva*, no sentido de que, dela, constata-se a presença de um viés *idealizador* de que a ação administrativa lato sensu, esteja ela em conformidade com o ordenamento jurídico, seja, por consequência, *válida, regular, legal*¹⁵⁹. Sob tal premissa, o reconhecimento do *inválido*, genericamente considerado, há de perpassar, obrigatoriamente, na constatação de violação à legalidade administrativa, sendo nesta norma, conseqüentemente, que se assentará a necessidade de se promover sua reparação, do ponto de vista jurídico, afinal, “a lei rejeita e desconhece o *inválido*” (CRETELLA JÚNIOR, 1977, p. 335). Esse raciocínio, repita-se, encerra, de fato, uma justificação juridicamente plausível – não é por acaso que é largamente adotado no âmbito da ciência administrativista pátria. Não obstante, reclama revisão.

Quando o Estado, no exercício de função controladora sobre a atividade administrativa – seja interna ou externamente exercida -, depara-se com uma situação que reclame a *anulação* de certa ação pelo mesmo externada, esse jurídico “*dever*” de se promover tal saneamento não é pela legalidade administrativa imposto, haja ou não norma que expressamente o preveja, porquanto o princípio da legalidade não encerra, em sua íntima significação, essa abstrata exigência, a qual, presente, não raro, no *direito positivo*, não pode ter sua feição imperativa, mandamental, confundida com o sentido jurídico do princípio ora em estudo, conforme defendido neste ensaio. Sustentar, ademais, que o “*dever*” de anular decorre da legalidade, sob fundamento de expressa previsão no ordenamento jurídico que assim o estabeleça, é confundir princípio e regra, não apenas em relação às funções que exercem no Direito, mas em relação aos seus conteúdos jurídicos propriamente ditos. Por certo, o dever de anular pode encontrar seu específico fundamento jurídico na *violação* à legalidade administrativa, mas com esta não se confunde (no nosso anterior exemplo da licença pretendida pelo agente público, o *dever* de anular o *indeferimento* de sua concessão poderia estar assentado na violação à legalidade, porquanto tal ato não possuía suporte jurídico válido e legítimo). Ademais, reconhecendo-se a pluralidade de normas consubstanciadoras de parâmetros de controle sobre a atuação

¹⁵⁹ Frise-se, por oportuno, que não nos atentaremos, neste trabalho, a eventuais distinções entre referidos termos, desejando-se, antes, tratar a “*invalidade*” como um gênero que abarca o que se entende por ilegalidade, anulabilidade, nulidade, etc. Colaciona-se, nesse sentido, a lição de José Cretella Júnior: “*Validade* é conceito positivo que se opõe a *invalidade*, do mesmo modo que, como decorrência concreta desta afirmação, *ato administrativo válido* é o que se contrapõe ao *ato administrativo inválido*. *Validade* é a idoneidade de um ato lícito para gerar efeitos jurídicos insuprimíveis, consistindo a *invalidade* (noção que os autores do direito privado aceitam, distinguindo vários graus, embora discordando entre si a respeito do conteúdo e limites desses graus), ao contrário, como é fácil deduzir da própria palavra que o designa, *num conceito negativo*, oposto ao de validade do qual deriva por exclusão” (CRETELLA JÚNIOR, 1977, p. 335).

administrativa, deve-se atentar que a aferição do *inválido* não se assenta somente na legalidade, mas em diversas normas e princípios outros. Também nesses casos, a necessidade de saneamento da irregularidade não tem na legalidade administrativa sua necessária e basilar expressão impositiva.

São por tais razões, aliás, que muitas vezes se proclama - erroneamente, a nosso ver - a necessidade de se *mitigar*, ou *temperar*, a legalidade – especialmente a considerada em sentido *estrito* – quando, porventura, adota-se, em âmbito estatal, uma opção que, frente ao ato *inválido*, não seja no sentido de sua “retirada”, de seu desfazimento propriamente dito – opção esta expressada, no mais das vezes, pelo instituto da *convalidação*. Deveras, porquanto o princípio da legalidade seja encarado como a norma matriz a fundamentar esse suposto *dever anulatório*, a conduta que, no caso concreto, encerre alternativa que não o contemple fatalmente representa, em relação àquele, um *temperamento*, no sentido de que, em exame ponderativo, alegadamente afasta-se, ainda que parcialmente, sua aplicação. Não entendemos, todavia, ser o caso. A Administração Pública, frente a ato inválido, e cuja invalidade, reitera-se, pode decorrer de constatada violação a uma variada gama de normas presentes no ordenamento jurídico, pode, sim, optar por mantê-lo no mundo jurídico sem que isso represente *mitigação* ao princípio da legalidade, uma vez que, frise-se, dele não se extrai tal abstrato preceito de que aquele seja desfeito ante a constatação da *invalidade*. Eventual opção convalidatória, ainda, pode muito bem encontrar na própria legalidade administrativa sua razão de ser, assentando-se em legítimo amparo normativo para que assim se proceda. Entre legalidade administrativa e potestade anulatória inexistem, portanto, uma interdependência jurídica. O princípio da legalidade da Administração Pública é uma norma, dentre várias, que informam a atividade administrativa, cujo conteúdo jurídico e prescritivo, insistimos, não pode restar confundido com o conteúdo das demais normas do ordenamento jurídico, a despeito de valer-se delas à aferição de existência, em relação à determinada conduta administrativa, do seu suporte jurídico-normativo.

3.4. LEGALIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA: A DESMISTIFICAÇÃO DE UM “EMBATE PRINCIPIOLÓGICO”

Em breve análise, desejamos enfrentar, nestas linhas conclusivas, tema concernente ao correlacionamento jurídico existente entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica, especialmente no que respeita ao controle da Administração Pública. Sem qualquer intento de exaurir o debate a respeito desta rica temática, para a qual poder-se-ia seguramente construir-se um ensaio acadêmico próprio, intenta-se aqui, tão somente, pontuar um particular aspecto avençado quando do estudo de tais específicas normas principiológicas no âmbito do direito administrativo brasileiro, mormente para, e mantendo-se a fidelidade à linha de pesquisa até então desenvolvida, corroborar a adequada significação jurídica do princípio da legalidade administrativa, tal como na presente dissertação defendida.

O princípio da legalidade e o – *superprincípio* (DALLARI, 2010, p. 34) - da segurança jurídica, a despeito de serem ambos reconhecidos como elementos estruturantes e basilares do moderno Estado do Direito¹⁶⁰, protagonizam instigantes debates no âmbito da doutrina administrativista brasileira¹⁶¹. Melhor dizendo, os diálogos entre os mesmos travados geraram – e ainda geram -, a par de meras discussões teóricas, verdadeiros *embates* em sua operabilidade prática, a saber, o são, entre si, comumente confrontados na praxe forense dos órgãos administrativos, judicantes e judiciais propriamente ditos, como dois exímios gladiadores que, cada qual com seu particular louvor, necessitassem deflagrar constantes batalhas a fim de se manter o equilíbrio do império, sempre com a vitória de um, mas nunca com a morte do outro.

¹⁶⁰ “Há hoje pleno reconhecimento de que a noção de Estado de Direito apresenta duas faces. Pode ela ser apreciada sob o aspecto material ou sob ângulo formal. No primeiro sentido, elementos estruturantes do Estado de Direito são as ideias de justiça e segurança jurídica. No outro, o conceito de Estado de Direito compreende vários componentes, dentre os quais têm importância especial: a) a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; b) a divisão das funções do Estado, de modo que haja razoável equilíbrio e harmonia entre elas, bem como entre os órgãos que as exercitam, a fim de que o poder estatal seja limitado e contido por ‘freios e contrapesos’ (*checks and balances*); c) a legalidade da Administração Pública e, d) a proteção da boa fé ou da confiança (*Vertrauensschutz*) que os administrados têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis” (COUTO E SILVA, 2015, p. 19).

¹⁶¹ Como bem pontua Adilson Abreu Dallari, “Talvez exatamente por sua estatura constitucional o princípio da segurança jurídica figure sempre nos estudos dos constitucionalistas e não é lembrado pelos cultores do direito administrativo. Ele não figura entre os princípios da administração pública, expressamente referidos no caput do art. 37 da Constituição Federal, talvez exatamente por ser imanente à própria ordem jurídica e ao estado de direito, sendo assim transcendente àqueles princípios elencados no mencionado dispositivo. Essa omissão, entretanto, não lhe retira o caráter de princípio da administração pública, até mesmo porque já foi aí inserido pela legislação ordinária federal” (DALLARI, 2010, p. 34-35), fazendo referência ao art. 2º caput, da Lei Federal de Processo Administrativo (9.784/99).

Destarte, impera, no âmbito do direito administrativo brasileiro, mormente no tocante à disciplina do controle sobre a Administração Pública, a concepção de que legalidade e segurança jurídica ostentam significações jurídicas antagônicas, quase que diametralmente opostas, no sentido de que específicas nuances verificáveis em certo caso concreto, dentro do qual se proceda ao efetivo controle de legalidade sobre determinada ação administrativa, poderão exigir, em certas situações, um prognóstico ponderativo que, por sua vez, reclamará a aplicação de *um* dentre os dois princípios em apreço, assentada, por sua vez, tal seletiva aplicabilidade no circunstancial *afastamento* do outro – para tal específico caso, bem entendido -, imprimindo no princípio “escolhido”, conseqüentemente, uma pontual *prevalência jurídica* (repite-se: não em tese, mas para o caso concreto). Verificam-se, assim, entre legalidade e segurança jurídica, cenários de *colisão*, porquanto é da própria natureza do Estado de Direito conter, quer no seu aspecto material, quer no formal, elementos aparente ou realmente antinômicos (COUTO E SILVA, 2015, p. 20).

Nosso entendimento, quanto ao ponto, é o de que este suposto “*embate principiológico*” que se trava entre legalidade e segurança jurídica, no âmbito do exercício do controle sobre a Administração Pública, precisa ser desmistificado, por uma principal razão que, inclusive, já foi enfrentada neste capítulo, mas que, todavia, reclama, neste momento e para este específico tópico, nova invocação, qual seja, a de que *inexiste* um *dever anulatório* pautado direta e imediatamente na legalidade administrativa. Faz-se necessário reafirmarmos tal ponto justamente pelo fato de ser nele que residem as alegadas confrontações e ponderações que se promovem entre os princípios administrativos em comento. Com efeito, porquanto se conceba que, da legalidade, extrai-se um pressuposto jurídico-silogístico que estabeleça uma abstrata necessidade de *desfazimento* do ato ou da conduta reconhecidamente *nulos* - ou simplesmente *inválidos* -, o princípio da *segurança jurídica*, propugnando alternativa oposta, a saber, a sua *manutenção* no mundo jurídico (portanto, seu *não desfazimento*), em prol, dentre outros, dos efeitos que produziu e da legítima expectativa depositada em sua prática por parte, sobretudo, dos seus beneficiários, consubstancia, por conseguinte, dentro, reitere-se, de tal linha de raciocínio, uma *mitigação* ou *temperamento* da legalidade administrativa¹⁶². Essa

¹⁶² Algo que se faz presente, sobretudo, na lição de Almiro do Couto e Silva, senão veja-se: “É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o *dever* (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existe, quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o *dever* (e não o poder) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido, pela conjunção da boa fé dos interessados com a tolerância da Administração, e com o razoável lapso de tempo transcorrido. Deixando o ato de ser inválido, e dele havendo resultado benefícios e vantagens para os destinatários,

argumentação, a despeito de expressar uma louvável preocupação com a confiança legítima e com a boa-fé por parte da Administração Pública frente aos “administrados”¹⁶³, equivoca-se, a nosso ver, ao elencar, para a concreção dos efeitos e das consequências a que se propõe, o princípio da legalidade como um imaginado “obstáculo” à incidência concreta do conteúdo jurídico imprimido na segurança jurídica¹⁶⁴. Enxerga-se no princípio da legalidade administrativa um imperativo de *correção*, de *saneamento*, que não propriamente dele derivam, que, aliás, na maioria dos casos derivam do *direito positivo*, de uma particular disposição normativa cujo conteúdo, como já afirmamos, resta, não raro, confundido com a significação própria da legalidade administrativa, sobretudo em virtude da permanência do entendimento que nela vislumbra aquele ideal abstrato e genérico consistente na mera necessidade de “observância das leis, da Constituição e do Direito”.

Nossa tese é a de que legalidade administrativa e segurança jurídica, no seio da atividade controladora sobre a atuação administrativa do Estado, não contêm significações jurídicas necessariamente oponíveis. É claro que, à vista de peculiaridades próprias de determinado caso concreto, podem sofrer, entre si, ponderações, como quaisquer outros princípios no âmbito do exercício hermenêutico que se realize na prática. Isso não significa, no entanto, que representem, por essência, valores jurídicos-administrativos intimamente contrários. Ao revés, tanto o princípio da legalidade quanto o da segurança jurídica trabalham em prol dos ideais de *estabilização e previsibilidade*, valores tais que, muitas vezes, somente à segurança jurídica são creditados. Nessa toada, sublinhe-se a lição de Egon Bockman Moreira, para quem o reforço à segurança jurídica celebra a Administração *autovinculante*, conferindo-se legitimidade reforçada às suas decisões (MOREIRA, 2010, p. 270). Por certo, o conteúdo jurídico que se extrai do princípio da segurança jurídica enrijece a atuação administrativa, a submetendo a parâmetros jurídicos consubstanciadores da necessidade de que o Estado não promova condutas

não poderá ser mais anulado, porque, para isso, falta precisamente o pressuposto da invalidade. E nem poderá, igualmente, ser revogado, porque gerou Direitos Subjetivos” (COUTO E SILVA, 2015, p. 41). Nesse tocante, faz-se mister registrar que Maria Sylvia Zanella Di Pietro alerta que o princípio da segurança jurídica “deve ser aplicado com cautela, para não levar ao absurdo de impedir a Administração de anular atos praticados com inobservância da lei. Nesses casos, não se trata de interpretação, mas de ilegalidade, esta sim a ser declarada retroativamente, já que atos ilegais não geram efeitos” (DI PIETRO, 2018, p. 110).

¹⁶³ Afinal, “Esta segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do Homem: a da segurança em si mesma, a da certeza possível em relação ao que o cerca, sendo esta uma busca permanente do ser humano” (BANDEIRA DE MELLO, 2017, p. 128).

¹⁶⁴ Almiro do Couto e Silva, em análise à lição de Otto Bachof, aponta que, para o jurista alemão, “o princípio da possibilidade de anulamento foi substituído pelo da impossibilidade de anulamento, em homenagem à segurança jurídica” e que “a prevalência do princípio da legalidade sobre o da proteção à confiança só se dá quando a vantagem é obtida pelo destinatário por meios ilícitos por ele utilizados, com culpa sua, ou resulta de procedimento que gera sua responsabilidade. Nesses casos não se pode falar em proteção à confiança do favorecido” (COUTO E SILVA, 2015, p. 32).

abruptas, imprevisíveis, inesperadas. Mas a legalidade também opera nessa mesma via, ainda que por outros meios. Ao demandar que a ação administrativa encontre amparo em norma jurídica legítima, válida e preexistente, é inegável que também encerra flagrante preocupação com a estabilização das relações jurídicas decorrentes da atuação administrativa do Estado. Assim, e precisamente no que respeita ao controle da Administração Pública, a *permanência do nulo* não corresponde, necessariamente, a uma mitigação do princípio da legalidade. O ato que caminhe em tal sentido, fundando-se, por certo, na segurança jurídica, também pode passar ao filtro da legalidade administrativa, também pode ter nela sua fundamentação jurídica. Quando se alega que *não anular* representa “temperamentos” à legalidade, muitas vezes o que se apresenta, em verdade, é o enfrentamento não entre os *princípios* legalidade e segurança jurídica, mas entre esta e o *direito positivo* (determinada regra constante do ordenamento jurídico), cujo conteúdo imperativo, enfatize-se, não se pode restar indevidamente confundido com o sentido jurídico do princípio da legalidade administrativa.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto no presente trabalho, afigura-se como principal consideração final o reconhecimento de que o princípio da legalidade administrativa reclama melhor compreensão no âmbito do direito administrativo, notadamente por aqueles órgãos que, hodiernamente, promovem sua aplicação aos casos concretos. Em outras palavras, o desenvolvimento da ciência administrativista brasileira contemporânea acusa que a legalidade da Administração Pública adornou-se de uma significação que, se não se destoa por completo de suas concepções tradicionais ou clássicas, hoje delas se distancia, mas não para ceder passo a incisivas reformulações teóricas no seu tocante, mas para, principalmente, adequar-se às novas molduras sobre as quais os institutos próprios do direito administrativo hoje são concebidos, sendo preciso, nesse contexto, compreender precisamente seu basilar conteúdo jurídico, ainda tão sensível e caro ao direito público no Brasil.

O princípio administrativo da legalidade demanda, em tal conjuntura, seja o mesmo afastado de estruturas conceituais simplificadoras que o correlacionem, necessária e diretamente, à necessidade de que o Estado *observe as leis e o Direito* em sua atuação, ou ao estabelecimento de uma regra matriz de submissão legal da ação administrativa que já nos demonstra estar ela mesma arrefecida. Tais genéricas e abstratas propostas de conceituação muitas vezes olvidam-se em fornecer o correto substrato jurídico de que se extrai da legalidade administrativa, solidificando uma apreensão deveras *incompleta, limitativa e redutora* do rico e complexo significado jurídico que em si alberga. Sob tais aparências, perpetuadas justamente pela carência da academia publicista brasileira em desvendar o real sentido que sua operabilidade prática nos demonstra na atualidade, o princípio da legalidade torna-se, a toda evidência, o alvo fácil dos juristas, os quais, assentando-se na permanência de tais conceitos vagos e imprecisos, e reconhecendo nela aquela suposta “*crise dos paradigmas do direito administrativo*”, vislumbram rico solo à “*inovação teórica*”.

É preciso, nesta senda, se ter cuidado com as instigantes premissas avançadas para a *reconstrução*, a *releitura* e, mesmo, a *superação* do princípio da legalidade administrativa, avaliando-as cautelosamente. A doutrina da juridicidade administrativa, neste tocante, é um valioso movimento da academia administrativista brasileira, cujas ideias são, sim, em sua maioria, extremamente importantes à reflexão sobre a atual fisionomia e posição do direito administrativo. Todavia, suas premissas concernentes à legalidade administrativa e à necessidade do redimensionamento de seu sentido, dentro de uma ótica eminentemente

constitucional, não deixam de encerrar certos perigos. O princípio da legalidade segue desempenhando basilar função na conformação da atividade administrativa ao ordenamento jurídico. Isso se verifica na prática do Judiciário, das Procuradorias Públicas, do Ministério Público, da Defensoria Pública, dos Tribunais de Contas, etc. De modo que, se tais atuais tendências, de fato, levantam sérias questões que, sim, são merecedoras de atenção, de exame e de ponderação, nos parece que um olhar minimamente desconfiado sobre as constantes pregações de *temperamentos à legalidade* seja, também, desejável. Afinal, muito tempero pode estragar a comida.

O princípio da legalidade já vem de há muito andando em corda bamba. Sente-se uma coletiva “*incerteza*” quanto à sua função e quanto à própria conveniência de sua manutenção enquanto norma principiológica informadora da Administração Pública. Este trabalho, assim, procurou, de certa forma, “resgatá-lo”, tentando explicitar a real significação que possui na atualidade do direito administrativo brasileiro contemporâneo, para que, munidos de seu particular e preciso sentido jurídico, possa-se corretamente confrontá-lo com as recentes nuances verificáveis na academia administrativista brasileira que ainda nele enxergam uma norma que demandasse uma espécie de “expurgação”. Explicitando seu caráter *polivalente*, consistente nas inúmeras formas pelas quais realiza-se a concreção da norma de conformação pelo princípio da legalidade imposta entre a conduta administrativa e um ordenamento jurídico multifário, desafiando certas premissas doutrinárias que proclamam sua ressignificação e analisando a posição da legalidade no controle da Administração Pública, procuramos, ao fim e ao cabo, fornecer alguma mínima contribuição e sistematização quanto ao conteúdo da legalidade administrativa, não ao intento de sobrelevá-la ou de ressuscitar qualquer forma ainda remota de projeção de “monismos legalistas”, mas, antes, para reafirmá-la dentro dos seus próprios limites e dos limites que lhe são impostos quando em diálogo com os demais princípios e regras administrativos.

REFERÊNCIAS

- AFONSO, Sebastião B. **Julgamento da legalidade das concessões de aposentadoria, reformas e pensões, pelo Tribunal de Contas da União**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 97, 343–351, 1969.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A concepção pós-positivista do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 236, 51–64, 2004.
- **Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 225, 109–130, 2001.
 - O Serviço Público e suas Crises. *In*: BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 215, 151–179, 1999.
- **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros: 2019.
 - Multa de mora: exames de razoabilidade, proporcionalidade e excessividade. *In*: ÁVILA, Humberto. **Fundamentos do Estado de Direito**: Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Lei inconstitucional e Emenda Constitucional Superveniente**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 215, 85–98, 1999.
- **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2016.
 - **Discricionariedade - Fundamentos, natureza e limites**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 122, 1–20, 1975.
- BARBOSA, Ruy. **Os Actos Inconstitucionaes**. BDJur, Disponível em <http://bdjur.stj.gov.br>, 1893.
- BARROSO, Luís Roberto. **Poder executivo - Lei inconstitucional - Descumprimento**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 387-397, 1990.
- BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade**: um novo paradigma para o direito administrativo. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 239, 1–32, 2005.
- **Uma teoria do direito administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
 - A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de avanços e Retrocessos. *In*: BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
 - **Estudos de Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015.

CASIMIRO, Lígia Maria Mello de. **Novas perspectivas para o Direito Administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais**. Belo Horizonte: A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional, ano 7, n.30, 109-130, 2007.

CAVALCANTI, Amaro. **Responsabilidade Civil do Estado**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1905.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **O Princípio da Legalidade e o Desvio de Poder**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 149–155, 2013.

CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de administração e Separação de Poderes. *In*: BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Poder discricionário no direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 179, 51–67, 1990.

- Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *In*: ÁVILA, Humberto. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

- O princípio da segurança jurídica no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei 9.784/1999). *In*: ÁVILA, Humberto. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

- O princípio da proteção da confiança e a teoria da invalidade dos atos administrativos no direito brasileiro. *In*: ÁVILA, Humberto. **Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

CRETELLA JUNIOR, José. **Do ato administrativo**. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

- **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CYRINO, André. **Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 274, 175–208, 2017.

DALLARI, Adilson Abreu. **Advogado contratado, segurança jurídica e ampla defesa**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 255, 31–57, 2010.

- Parcerias em Transporte Público. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2011.

- Recurso administrativo e mandado de segurança. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. **As leis de processo administrativo**: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2006.

DAVID, René. **Garantia das liberdades individuais e contrôle de legalidade dos atos administrativos na U.R.S.S.** Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 57, 20–36, 1959.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

EISENMANN, Charles. **O Direito administrativo e o princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 56, 47–70, 1959.

- **Cours de droit administratif**. Mayenne: Lextenso Editions, 2014.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito municipal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAZ, Sérgio. Os prazos na lei nacional de procedimentos administrativos na Argentina. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. **As leis de processo administrativo**: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2006.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2009.

- **O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2013.

- Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. **As leis de processo administrativo**: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2006.

GAMA E SILVA, José Saldanha da. **Conceito da moderna administração pública**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 30, 1–10, 1952.

GRAU, Eros Roberto. **Direito Posto e Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2008.

- **Supermercados - Etiquetagem de preços - Princípio de legalidade**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 216, 360–369, 1999.

- **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2010.

GUERRA, Sérgio. **Comentários à ADI nº 3.378 - Redução da Discricionariedade Administrativa por meio de Previsibilidade Técnica**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 248, 248–251, 2008.

- **Crise e Refundação do Princípio da Legalidade – A Supremacia formal e axiológica da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Interesse Público, ano 10, n. 49, maio/jun. 2008.

HERNÁNDEZ, José Ignacio. **La protección de los derechos frente al poder de la administración**. Bogotá: Editorial Jurídica Venezolana, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2008.

LASALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição**. Belo Horizonte: Líder, 2008.

LESSA CARVALHO, Fábio Lins de. **Pontes de Miranda e a administração pública: o pensamento ponteano no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MAFFINI, Rafael. **Elementos de direito administrativo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2016.

- Em torno do prazo decadencial de invalidação de atos administrativos no exercício da autotutela administrativa. *In*: ÁVILA, Humberto. **Fundamentos do Estado de Direito: Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Rogério Vidal Gandra; DUTRA, Roberta de Amorim. **Incompatibilidade Parlamentar. Participação em Certame Licitatório Municipal de Sociedade Que Tem Como Sócio Cotista o Presidente da Câmara. Hipótese em Que Não Se Configura a Vedação do Artigo 54, Incisos I e II, Letra a, da Constituição Federal e Artigo 18, Inciso I, Letra a, da Lei Orgânica Municipal de Guarulhos – Implicações Jurídicas e Inexistência de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Revista Síntese de Direito Administrativo, vol. 196, 2022.

MARTINS, Alberto. Os princípios do processo sancionatório na lei paulista 10.177/98. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. **As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

- **Controle da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

- **O direito administrativo em evolução**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

- Segurança jurídica e confiança legítima. *In*: ÁVILA, Humberto. **Fundamentos do Estado de Direito: Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de; NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso A **constitucionalidade do poder normativo das agências reguladoras na ótica do redimensionamento do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 271, 109–141, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Os poderes do administrador público**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 51, 1–18, 1958.

- **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2014.

- **Direito municipal brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2017.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo.** Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 265, 179–198, 2014.

MILESKI, Helio Saul. **O Controle da Gestão Pública.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

- **Direito administrativo aplicado.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2017.

MODESTO, Paulo. **O controle jurídico do comportamento ético da Administração Pública no Brasil.** Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 209, 71–80, 1997.

- Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de “Serviço Público”, “Serviços de Relevância Pública” e “Serviços de Exploração Econômica” para as Parcerias Público-privadas. *In:* SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas.** São Paulo: Malheiros, 2011.

MONTEIRO, Vera. Legislação de Parceria Público-Privada no Brasil – Competência Legislativa em Matéria de Concessão. *In:* SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas.** São Paulo: Malheiros, 2011.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA, Egon Bockman; PEREIRA, Paulo Pessoa. **Art. 30 da LINDB - O dever público de incrementar a segurança jurídica.** *Revista De Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, Edição Especial - Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), 243–274, 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o futuro do direito da regulação no Brasil? *In:* SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILIO, André. **Direito da regulação e políticas públicas.** São Paulo: Malheiros, 2014.

- As leis de procedimento administrativo: uma leitura operacional do princípio constitucional da eficiência. *In:* SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. **As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98.** São Paulo: Malheiros, 2006.

- A Experiência das Licitações para Obras de Infraestrutura e a Lei de Parcerias Público-privadas. *In:* SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas.** São Paulo: Malheiros, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Juridicidade, pluralidade normativa, democracia e controle social – reflexões sobre alguns rumos do direito público neste século. *In:* ÁVILA, Humberto. **Fundamentos do Estado de Direito: Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva.** São Paulo: Malheiros, 2005.

- **O direito administrativo no século XXI.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NETO, Floriano de Azevedo Marques; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. As Parcerias Público-privadas no Saneamento Ambiental. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2011.

- A bipolaridade do direito administrativo e sua superação. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **Contratos públicos e direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação infraconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2003.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa no Brasil. *In*: ÁVILA, Humberto. **Fundamentos do Estado de Direito: Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA JUNIOR, César Saldanha. **Direito Constitucional, Direito Ordinário, Direito Judiciário**. Cadernos Do Programa De Pós-Graduação Em Direito – PPGDir./UFRGS, 1(3), 2014.

SANTOS NETO, João Antunes dos. **Legalidade e decisões políticas**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 234, 147–176, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Constituição e Globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 215, 19–34, 1999.

- A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. *In*: BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, José Afonso da. **A lei**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 215, 9–18, 1999.

- **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **Interpretações administrativas aderem à lei?**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 260, 97–132, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILIO, André. Direito e políticas públicas: dois mundos?. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILIO, André. **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

- Onde está o princípio universal da licitação?. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. **Contratos públicos e direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari; DOMINGOS, Liandros. Desafios do direito das políticas sociais em saúde e educação. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILIO, André. **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2017.

- Processo e procedimento administrativo no Brasil. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés. **As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2006.

- Guia jurídico das parcerias público-privadas. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2011.

- A função administrativa no controle dos atos de concentração. *In*: ÁVILA, Humberto. **Fundamentos do Estado de Direito: Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TÁCITO, Caio. **Vinculação e discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 205, 125–130, 1996.

- **A administração e o controle de legalidade**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 37, 1–11, 1954.

- **A reforma do Estado e a modernidade administrativa**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 242, 159–166, 2005.

- **Contencioso administrativo**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 133, 59–69, 1978.

- **O direito à espera da lei**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 242, 9–16, 2005.

- **O princípio de legalidade: ponto e contraponto**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 206, 1–8, 1996.

- **Princípio de legalidade e poder de polícia**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 227, 39–45, 2005.

TORRES, Ricardo Lôbo. **O mandado de injunção e a legalidade financeira**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 187, 94–110, 1992.

VASCONCELLOS, Wilson Accioli de. **O controle da legalidade da administração pelo poder legislativo**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 86, 362–377, 1966.

VITORELLI, Edilson. **A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, vol. 279, 79–112, 2020.