IVON JORGE DA SILVA

O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA PARA A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Biblioteca de Referência em Políticas Públicas

CEUB
EDUCAÇÃO SUPERIOR

SILVA, Ivon Jorge da

O conteúdo jurídico do princípio da juridicidade administrativa para a concretização de direitos fundamentais

131 p.

ISBN: 978-85-7267-180-4

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do UniCEUB, como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Sandro Lúcio Dezan.

Sumário

1 INTRODUÇÃO 6

2 CAMINHOS DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 13

2.1 A cultura jurídica ocidental antes do princípio da legalidade 15
2.2 O nascedouro do princípio da legalidade 17
2.3 O Estado de Direito e o princípio da legalidade 20
2.3.1 As Dimensões de direitos 22
2.3.1.1 Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão 24
2.3.1.2 Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão 25
2.3.1.3 Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão 25
2.4 Os direitos do homem: considerações filosóficas 27
2.4.1 Considerações sobre o Direito Natural Moderno 28
2.5 Papel dos princípios na ordem jurídica 30
2.6 O princípio da legalidade e a Administração Pública 32
2.6.1 O princípio da legalidade administrativa no Estado Liberal de Direito 34
2.6.2 O princípio da legalidade administrativa no Estado Social de Direito 35
2.6.3 O princípio da legalidade administrativa no Estado Democrático de Direito 36
2.7 O princípio da legalidade na Administração Pública brasileira 37
2.7.1 Constituição de 1988, Administração Pública e Legalidade 40
2.7.2 O princípio da legalidade administrativa no Pós-positivismo e Neoconstitucionalismo ... 41

3 A TENSÃO ENTRE A LEGALIDADE E A JURIDICIDADE COM O ADVENTO DO PÓS-POSITIVISMO 43

3.1 O pós-positivismo e a constitucionalização do Direito 44
3.1.1 A Transição do Positivismo ao Pós-Positivismo: Integração de Princípios e Normas na Hermenêutica Constitucional Pós-Guerra 45
3.1.2 Neoconstitucionalismo e Pós-Positivismo: A Evolução da Constitucionalização do Direito e a Reaproximação entre Direito e Moral 47
3.1.2.1 A Centralidade da Constituição de 1988: A Transformação do Sistema Jurídico Brasileiro e a Integração dos Princípios Constitucionais 49
3.1.2.2 A Transformação do Direito Administrativo Brasileiro: A Influência da Constitucionalização e a Centralidade dos Princípios Constitucionais 50
3.2 O declínio do princípio da legalidade 51
3.3 Legalidade x juridicidade administrativa: a tensão 55

4 O CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA 64

4.1 Princípio da Juricidade: Fontes, destinatários e regra abstrata 64
4.1.1 Fontes do Princípio da Juridicidade 65
4.1.2 Destinatários do Princípio da Juridicidade 67
4.1.3 Regra Abstrata do Princípio da Juridicidade 68
4.2 O princípio da juridicidade administrativa: Fontes, destinatários e regra abstrata 69

4.2.1 Fontes específicas do Princípio da Juridicidade Administrativa 71
4.2.2 Destinatários do Princípio da Juridicidade Administrativa 72
4.2.3 Regra Abstrata do Princípio da Juridicidade Administrativa 73
4.3 Conteúdo jurídico do princípio da juridicidade administrativa 73
4.3.1 Vinculação aos princípios constitucionais 74
4.3.2 Respeito aos Direitos Fundamentais 75
4.3.3 Princípio da Legalidade Administrativa 75
4.3.4 Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade 76
4.3.5 Princípio Razoabilidade Qualificada 77
4.3.6 Valor Jurídico Axiomático 80
4.3.7 Motivação dos Atos Administrativos 82
4.3.8 Sindicabilidade Judicial 84

5 VISÃO INTERPRETATIVA DO STF SOBRE A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 89

5.1 Metodologia 90
5.1.1 Procedimento de busca 91
5.1.2 Critérios de seleção 91
5.1.3 Análise dos julgados 91
5.1.4 Organização dos Resultados 92
5.1.5 Conclusão 92
5.2.1 Reclamação 11.243 República Italiana, de 08 de junho de 2011 – Relator: Ministro Gilmar Mendes 93
5.2.1.1 Resumo do Caso: Contextualização do Caso e das Partes Envolvidas 93
5.2.1.2 Exame dos Argumentos Jurídicos Apresentados e da Fundamentação Utilizada pelo STF 93
5.2.1.3 Aplicação do Princípio da Juridicidade Administrativa: Identificação de como o princípio foi aplicado e interpretado no caso específico 94
5.2.1.4 Comentários Críticos: Reflexões sobre a decisão e suas implicações para o Direito Administrativo 95
5.2.2 Recurso Extraordinário 632.853 Ceará, de 23 de abril de 2015 – Relator: Ministro Gilmar Mendes 95
5.2.2.1 Resumo do caso: Contextualização do Caso e das Partes Envolvidas 97
5.2.2.2 Exame dos argumentos jurídicos apresentados e da fundamentação utilizada pelo STF ... 97
5.2.2.3 Aplicação do princípio da juridicidade administrativa: Identificação de como o princípio foi aplicado e interpretado no caso específico 98
5.2.2.4 Comentários críticos: Reflexões sobre a decisão e suas implicações para o Direito Administrativo 98
5.2.3 Recurso Extraordinário 381.367 Rio Grande do Sul, de 26 de outubro de 2016 - Relator: Ministro Marco Aurélio 99
5.2.3.1 Resumo do Caso: Contextualização do Caso e das Partes Envolvidas 99
5.2.3.2 Exame dos Argumentos Jurídicos Apresentados e da Fundamentação Utilizada pelo STF 99
5.2.3.3 Aplicação do princípio da juridicidade administrativa: Identificação de como o princípio foi aplicado e interpretado no caso específico 100
5.2.3.4 Comentários Críticos: Reflexões sobre a decisão e suas implicações para o Direito Administrativo 100

5.2.4 Recurso Extraordinário 661.256 Santa Catarina, de 27 de outubro de 2016 – Relator: Ministro Luís Roberto Barroso 101
5.2.4.1 Resumo do caso: Contextualização do Caso e das Partes Envolvidas 102
5.2.4.2 Exame dos Argumentos Jurídicos Apresentados e da Fundamentação Utilizada pelo STF 102
5.2.4.3 Aplicação do princípio da juridicidade administrativa: Identificação de como o princípio foi aplicado e interpretado no caso específico 102
5.2.4.4 Comentários críticos: Reflexões sobre a decisão e suas implicações para o Direito Administrativo 103
5.2.5 Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.239 Distrito Federal, de 08 de fevereiro de 2018 – Relator: Ministro Cezar Peluso 103
5.2.5.1 Resumo do Caso: Contextualização do Caso e das Partes Envolvidas 103
5.2.5.2 Exame dos Argumentos Jurídicos Apresentados e da Fundamentação Utilizada pelo STF 104
5.2.5.3 Aplicação do princípio da juridicidade administrativa: Identificação de como o princípio foi aplicado e interpretado no caso específico 104
5.2.5.4 Comentários críticos: Reflexões sobre a decisão e suas implicações para o Direito Administrativo 105
5.2.6 Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.852 Mato Grosso do Sul, de 24 de agosto de 2020 – Relator: Ministro Dias Toffoli 105
5.2.6.2 Exame dos Argumentos Jurídicos Apresentados e da Fundamentação Utilizada pelo STF 106
5.2.6.3 Aplicação do princípio da juridicidade administrativa: Identificação de como o princípio foi aplicado e interpretado no caso específico 107
5.2.6.4 Comentários críticos: Reflexões sobre a decisão e suas implicações para o Direito Administrativo 107
5.2.7 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.645 Distrito Federal, de 12 de setembro de 2023 – Relator: Ministro Luiz Fux 108
5.2.7.1 Resumo do Caso: Contextualização do Caso e das Partes Envolvidas 109
5.2.7.2 Exame dos Argumentos Jurídicos Apresentados e da Fundamentação Utilizada pelo STF 109
5.2.7.3 Aplicação do Princípio da Juridicidade Administrativa: Identificação de como o princípio foi aplicado e interpretado no caso concreto 110
5.2.7.4 Comentários críticos: Reflexões sobre a decisão e suas implicações para o Direito Administrativo 110
6 CONCLUSÃO 116
REFERÊNCIAS 125

1 Introdução

O Direito sofre transformações à medida em que a sociedade experimenta novas formas de relações entre seus membros. A aplicação do princípio da juridicidade administrativa pela Administração Pública como expressão de sua função jurídica atípica é um exemplo desse fenômeno na atualidade.

Todavia, para se entender o momento, é necessária uma investigação acerca dos caminhos trilhados pelo princípio da legalidade desde o advento do Estado Moderno até à atualidade. Esse olhar passa pelas discussões político-filosóficas que envolveram o direito natural e o direito positivo.

Como centro das disputas encontram-se os direitos fundamentais, desde a sua forma mais primária com o direito à vida, até às sucessões de gerações ou dimensões. Como uma trama perfeita a acobertar a discussão, acham-se os Estados liberal, social e democrático de direito.

Acontecimentos históricos marcantes impuseram uma aceleração nas mudanças e, o positivismo que imperou por séculos, viu-se obrigado a ceder ao chamado pós-positivismo. Consequência imediata, a constitucionalização do direito surge como o arranjo necessário para viabilizar a nova realidade. Com uma constituição forte e que aponta para a imposição das suas normas, os demais ramos do direito passam a ter que caminhar à sua luz, esse o nominado neoconstitucionalismo, característico do Estado Democrático de Direito contemporâneo.

O Direito Administrativo, esfera aqui contemplada, carecia então de uma ferramenta que permitisse ao administrador, em seu atuar diário, refletir os anseios desse novo Estado. O princípio da juridicidade administrativa apresenta-se como ferramenta ideal, vez que, ao abeberar-se nas normas constitucionais, a Administração se vê obrigada a agir conforme a lei e o direito, possível apenas com a aplicação do referido princípio, então um evoluir do princípio da legalidade que a subjugou com vara de ferro por muitas gerações.

Uma tensão surge entre os dois princípios legalidade x juridicidade, tensão esta que, nas democracias modernas, pende para o lado do último princípio. Papel fundamental da presente pesquisa, então, a identificação das balizas do princípio da juridicidade administrativa, que tornarão possível estabelecer seus alcances, limites e forma de

controle, de modo a evitar que o administrador desborde do seu papel de concretizador dos direitos fundamentais.

Por fim, identificar-se-á, em decisões atuais do Supremo Tribunal Federal (STF), o reconhecimento desse atuar administrativo como um caminho necessário do agir estatal na busca por assegurar cada vez mais a dignidade humana no atual Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Detalha-se então esse desenrolar histórico.

O princípio da legalidade tem suas raízes na Idade Média e até mesmo na Antiguidade Clássica, porém, nos contornos conhecidos atualmente pode ser reclamado aos atos ingleses, franceses e americanos dos séculos XVII e XVIII.

Com o advento do Estado Moderno no final do século XVIII, resultado das transformações no pensamento que culminaram com as revoluções inglesa, americana e francesa, o princípio da legalidade e o constitucionalismo se estabeleceram e exerceram papel crucial nas mudanças de regimes, que passaram do antigo regime monárquico à monarquia parlamentar constitucional e **às modernas repúblicas constitucionais.** Apenas para citar os casos mais emblemáticos.

Por esse tempo, o jusnaturalismo, que remonta à filosofia grega de Platão e Aristóteles, com sua defesa da existência de direitos inerentes à condição humana, serviu de base aos questionamentos às monarquias. Mas, uma vez instituídos os Estados nacionais, e estabelecidas as Constituições e Códigos, cedeu lugar ao positivismo com seu apego ao método científico e equiparação da lei ao Direito.

Como forma de assegurar os direitos fundamentais do homem, a legalidade caminha conforme as sociedades alteram tais direitos, bem como a leitura e o reconhecimento de suas fontes. Sucedem-se gerações ou dimensões de direitos.

Nesse cenário, surge a Administração Pública moderna, junto com o Estado de Direito, com o objetivo declarado de bem executar as leis.

O princípio da legalidade reinou absoluto no período do Estado Liberal de Direito, passando pelo Estado Social de Direito, e, com o advento do Estado Democrático de Direito começou a perder a sua força vinculativa dos atos, com foco para os atos da Administração Pública.

No Estado Liberal o princípio da legalidade administrativa conduz o administrador a uma inércia, haja vista que a sociedade não queria a interferência estatal em suas liberdades e seus negócios.

No Estado Social os cidadãos cobraram um maior agir da Administração a fim de que os direitos fundamentais inscritos nas leis e na Constituição fossem assegurados, além de respeitados. O princípio da legalidade na administração pública sofre sensível mudança, obrigando o Administrador a agir nos estritos contornos da lei. Esse entendimento perdurou por longo tempo.

Surge e evoluem na seara administrativa os conceitos de interesse público, discricionariedade, atos vinculados, entre outros. E, em tempos sombrios, o cidadão parece ter sido colocado em lado oposto ao Estado, obra de sua criação quando se uniu em um pacto social.

Eventos históricos obrigam a um avanço do Estado Social ao Estado Democrático de Direito, em franco amadurecimento rumo a um Estado Constitucional Democrático de Direito. Novamente o princípio da legalidade na Administração Pública muda sua roupagem.

Marco para essa mudança foi a segunda guerra mundial, pois, a partir de seu término começaram a ser instituídas Constituições dotadas de grande força e influência sobre as instituições e sobre os diversos ramos do Direito, em um novo modelo de Estado, denominado, assim como ressaltado acima, de Democrático de Direito. Os horrores produzidos pelas nações em conflito reclamaram essa mudança.

Nesse ponto, surge uma tensão entre a antiga aplicação do princípio da legalidade e a nova forma de leitura do arcabouço jurídico. Como operacionalizar, então, a conjugação das noções surgidas de direito aliado à ética, à moral, à justiça, para realizar os princípios dos direitos fundamentais conducentes à dignidade da pessoa humana, razão de ser do próprio Estado Democrático de Direito, em combate por se firmar?

O princípio da legalidade até que buscou impor-se, mas, em virtude dos diversos motivos de desgaste do seu papel, precisou ceder espaço a um fundamento mais poderoso.

Por esse tempo, adquire força o movimento nominado de pós-positivismo, caracterizado por uma volta dos pensadores às raízes do naturalismo, visando uma aproximação entre o Direito posto e os ideais de Justiça, com foco na dignidade da pessoa humana, movidos pela constatação de que apenas a lei positivada, que até então gozava de primazia na vinculação dos atos jurídicos no seio social, demonstrara-se incapaz de assegurar o respeito aos direitos fundamentais pelo Estado e instituições, bem como o seu gozo pelos cidadãos.

Emerge então a Constituição, dotada de posição privilegiada na hierarquia jurídica formal, revestida de um novo papel, qual seja, a autoridade material para fazer, no âmbito de todo o Estado, cumprir-se as suas determinações. Tanto as dispostas literalmente no seu texto quanto aquelas extraídas **à** forma de Estado, sistema de governo e sistema político adotados.

Com a assunção desse novo papel pela Constituição, todos os ramos do direito passaram **à obrigatoriedade de** pautar-se por ela, uma vez que a supremacia material por ela assumida, com a fixação em si dos direitos fundamentais, obriga a tal submissão.

Uma nova estrutura precisou então ser construída, capaz de respaldar essa nova construção, a solução foi a instituição da jurisdição constitucional, com o avanço das diversas modalidades de controle constitucional.

O Direito Administrativo, que deste a instituição do Estado Moderno andou *pari passu* com a Constituição, migrou, no caso brasileiro, definitivamente para o texto da Carta Magna, sendo, inclusive, os princípios da Administração Pública positivados em seu corpo.

No novo ambiente, gerado pelas marcas deixadas no princípio da legalidade pelo caminhar da história jurídica, culminando com a apresentação em cena do pós-positivismo, da constitucionalização do Direito, o qual se nomeia de Estado democrático constitucional de direito, carecia-se de uma ferramenta que se constituísse no elo entre a clássica legalidade e o novo contexto social.

Identifica-se no princípio da juridicidade, e, para os fins aqui estudados, o princípio da juridicidade administrativa, a ferramenta capaz de fazer com que a Administração Pública possa cumprir com o seu papel de concretizadora de direitos constitucionais fundamentais.

Alguns países trataram logo de inserir o princípio da juridicidade no texto constitucional. Não foi o caso do Brasil, que embora tendo tal princípio decorrente do seu sistema, não o positivou na Carta. Mas, com o advento da Lei nº 9.784/1999, tal princípio restou positivado para o processo administrativo.

Uma vez reconhecido o novo princípio que se propunha regente dos atos da administração pública, surgem questões acerca dos contornos, permissões e limites desse princípio, capazes de torná-lo uma ferramenta útil à consolidação do Estado Democrático de Direito e não uma arma à disposição de um novo modo de autoritarismo. Esse o foco proposto.

Para responder às questões propostas, utilizou-se do método hipotético-dedutivo, a partir de uma abordagem jurídico-dogmática. Com a pesquisa em alguns dos mais atualizados doutrinadores constitucionalistas e administrativistas pátrios e internacionais, chegamos conclusão de que o princípio da juridicidade administrativa, sem negar a importância do papel da legalidade estrita, passa a ser a principal ferramenta a ser utilizada pela Administração Pública apta a lhe proporcionar um papel de destaque na defesa dos direitos fundamentais no atual Estado Democrático Constitucional de Direito.

Como contribuição aos estudos pré-existentes, esta pesquisa visa preencher a lacuna da falta de trabalho específico acerca dos elementos constitutivos do conteúdo jurídico do princípio da juridicidade administrativa, tornando-o útil para uma aplicação prática pelo administrador público na execução das políticas públicas e emanação de atos administrativos que identifiquem a Administração Pública brasileira como uma administração democrática.

Por outro lado, a delimitação do princípio da juridicidade administrativa tem como objetivo auxiliar o Poder Judiciário na verificação do preenchimento dos requisitos constitucionais pelos atos administrativos quando do seu controle acerca da fundamentação desses atos, em um momento em que assistimos à superação da dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários.

A hipótese a ser estudada é da evolução do princípio da legalidade na Administração Pública rumo à uma juridicidade, necessária no novo desenho democrático brasileiro, capitaneada pelo neoconstitucionalismo.

A pesquisa tem como objetivo geral definir os contornos e limites do princípio da juridicidade administrativa, por meio da identificação do seu conteúdo jurídico, bem como dos limites e deveres da atuação do Estado-Administração para a concretização de direitos fundamentais com o manejo do referido princípio, **à luz do novo paradigma do Estado Constitucional de Direito.**

Como um dos objetivos específicos da pesquisa está o estudo dos caminhos trilhados pelo princípio da legalidade administrativa, desde o advento do Estado Moderno até o atual Estado Democrático de Direito brasileiro.

Outro objetivo é o estudo da tensão existente entre o princípio da legalidade e o princípio da juridicidade administrativa com o advento do pós-positivismo.

Seguindo, específico também é o objetivo de identificação das fontes, dos destinatários e da regra abstrata do princípio da juridicidade, com foco na identificação do conteúdo jurídico do princípio da juridicidade administrativa.

Por fim, objetiva-se identificar entre julgados aleatórios do Supremo Tribunal Federal, uma visão interpretativa do Órgão sobre a aplicação do princípio da juridicidade administrativa pela Administração Pública.

Ao cabo do estudo, a pergunta que se pretende responder é qual o conteúdo jurídico do Princípio da Juridicidade Administrativa capaz de orientar a Administração Pública na exteriorização e atos e decisões que concretizem direitos fundamentais e respeitem a dignidade humana no paradigma do atual Estado Democrático e Constitucional de Direito brasileiro.

Conclui-se ter disponibilizado à seara jurídica ferramenta de extrema importância para o atuar da Administração Pública, em complemento aos estudos teóricos que embasaram a construção. Ainda que consciente de que os rudimentos aqui traçados sejam apenas as estacas de uma grande construção que está por vir. Todavia, alguém tem que atrever-se ao primeiro passo.

A estrutura da pesquisa está apresentada da maneira a seguir.

O capítulo segundo aborda os caminhos percorridos pelo princípio da legalidade, desde os seus rudimentos na antiguidade até sua adoção na era moderna junto ao Estado de Direito. Como forma de mostrar o dinamismo social e o caminhar do princípio são apontadas as evoluções do Estado ocidental, desde o liberal até o democrático, bem como as diversas dimensões de direitos fundamentais. Como ponto de chegada aos limites dessa pesquisa é apresentado o princípio da legalidade na Administração Pública brasileira.

O terceiro capítulo apresenta a transição do positivismo ao pós-positivismo, bem como o advento do neoconstitucionalismo com a centralidade da Constituição no sistema jurídico. Como consequência desse movimento social é apresentada a tensão criada entre o princípio da legalidade administrativa e o princípio da juridicidade administrativa.

No quarto capítulo, cerne da pesquisa, é apresentado o conteúdo jurídico do princípio da juridicidade administrativa como elementos de aplicação do princípio, os quais pretendem oferecer ao administrador as ferramentas aptas a auxiliá-lo a manejar o a juridicidade com vistas à busca pela melhor solução que concretize direitos fundamentais.

No caminho por conhecer a visão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, o capítulo quinto aborda, por meio da análise de decisões aleatórias da Corte, sobretudo após a edição da lei 9.784/99, como tem sido o tratamento do tema, a evidenciar um caminho sem volta na aplicação do princípio pela Administração.

À guisa de conclusão, a pesquisa oferece o que foi entendido como os elementos que compõem o conteúdo jurídico do princípio da juridicidade administrativa, aptos a torna-lo cientificamente manejável pelo administrador público em todas as esferas da Administração, na busca por produzir atos que respeitem e garantam direitos fundamentais constitucionais, bem como que permitam ao Poder Judiciário e aos demais interessados, analisar com clareza as balizas que conduziram o tomador da decisão ao ato específico, rumo à promoção e ao respeito cada vez maior da dignidade da pessoa humana.

2 Caminhos do princípio da legalidade e administração pública

Desde o mundo antigo e a partir dos primeiros registros escritos que chegaram ao nosso conhecimento, as relações sociais são pautadas em códigos de conduta e regras pré-estabelecidas. Respeito a divisões de terras, propriedade de animais, formas de casamentos, herança de filhos, alianças entre povos vizinhos, regras de comércio, respeito aos objetos de culto, entre muitos outros[1].

São esses códigos portadores de carga de legalidade, reconhecidos por todos os membros de determinada comunidade e respeitados por povos circunvizinhos, que deram origem ao princípio da legalidade, como forma de se estabelecer uma estabilidade no convívio social. Tal princípio, desde tempos antigos, reveste-se de formas distintas, em consonância com a sociedade que os adota.

Com o advento do Estado Moderno, o princípio da legalidade restou codificado em diversos Estados, exteriorizando a ascensão de novas classes sociais ao contexto das decisões estatais. Nesses países, foco para os Estados Unidos, França e Inglaterra (com menor carga de positivação), seu conteúdo apontou, então, para o lema da Revolução Francesa, liberdade, igualdade e fraternidade[2].

Esse um ideal perseguido até os dias atuais pelas nações democráticas ao redor do mundo. Todavia, como as relações sociais derivam sempre de um jogo de forças e interesses ora concordantes, ora conflitantes, cada nação seguiu o seu caminho, com progressos e retrocessos.

Nessa senda, com foco no reconhecimento de direitos fundamentais do homem e estabelecimento de novos à medida que as relações sociais se tornavam mais complexas, sucederam-se, no mundo que almeja à democracia, definições, defesas e implantações das "gerações" ou dimensões de direitos fundamentais[3].

Nesse contexto, geminada ao advento do Estado de Direito, foi instituída a Administração Pública moderna, com o objetivo primeiro de executar as leis

---

1 PIRRENE, Jacques-Henri. **Panorama da história universal**. São Paulo: editora da Universidade de São Paulo, 1973.

2 PIRRENE, Jacques-Henri. **Panorama da história universal**. São Paulo: editora da Universidade de São Paulo, 1973.

3 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 37.

produzidas. E, nesse papel, não lhe cabia contestar as emanações do Poder Legislativo, apenas dar-lhe cumprimento, para o que estava restrita ao princípio da legalidade em sua forma primeira.

O nascente Estado de Direito, orientado pelo pensamento iluminista, assumiu a forma de Estado Liberal, o qual era impedido de se imiscuir nos negócios particulares, lhe cabendo garantir principalmente a vida, a liberdade e a propriedade dos cidadãos. Com o caminhar das disputas no seio social, o Estado Liberal cedeu espaço ao Estado social, preocupado em prestar assistência aos menos favorecidos e este ao Estado Democrático de Direito[4].

A cada alteração social, os direitos fundamentais foram alcançando uma profundidade maior em seu conceito e garantias reclamadas. Primeiro a vida, liberdade, propriedade e igualdade perante a lei. Depois assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, direito a sindicalização, direito de greve. Progredindo até o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural[5]. E segue a lista.

Para sobreviver nos novos cenários, a Administração Pública também precisou se reinventar e, para tanto, o princípio da legalidade que a orientava foi assumindo novas formas. E até o presente momento experimenta um processo de renovação, com o fito de atender à demanda da forma de Estado atual, ou seja, viva, como o Direito da qual é tributária.

Isto posto, neste capítulo, para delinearmos os caminhos do princípio da legalidade no âmbito da Administração Pública, faz-se imprescindível abordar *(i)* a cultura jurídica ocidental antes do princípio da legalidade, *(ii)* o nascedouro do princípio da legalidade, *(iii)* o Estado de Direito e o princípio da legalidade, *(iv)* os direitos do homem: considerações filosóficas, *(v)* o papel dos princípios na ordem jurídica, *(vi)* o princípio da legalidade e a Administração Pública e *(vii)* o princípio da legalidade na Administração Pública brasileira.

---

4 LOBO, R. Haddock. **História Universal. v. 2.** 2. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1975.

5 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 46-48.

2.1 A cultura jurídica ocidental antes do princípio da legalidade

Na Idade Antiga, que se estendeu da criação da escrita por volta de 2600 a.C., até a desagregação do Império Romano, em 476 d.C., o mundo passou por diversas mudanças, ocasionadas pela domesticação de animais e cultivo da terra, o que gerou a fixação do homem em aldeias e o aumento de comunidades[6].

De se observar que o problema da origem da escrita gravita em torno de duas vertentes, uma relacionada aos sinais, campo da Linguística, e outra vinculada às evidências de surgimento, de observância da História e Antropologia, o que faz com que as datas variem entre a Mesopotâmia de 3.500 a.C e 2.800 a.C[7].

Com essa fixação, a propriedade privada da terra, o conceito de vizinhança, de sobra e armazenagem, de trocas, bem como o surgimento de aglomerados urbanos que dariam origem a cidades, associados ao destacamento de lideranças, levou ao aparecimento de líderes, tanto vinculados à propriedade da terra, como voltados ao comércio. Lideranças essas que, não raro entravam em conflito pelo domínio dos locais, evoluindo assim para cidades e impérios[8].

Com o surgimento dos impérios, egípcio, grego, babilônico, assírio, persa, romano, índio, chino, entre outros, as sociedades se organizaram, cada uma à sua maneira, mas, sempre contando com a figura do soberano, doador do bem e do mal, não raro com autoridade divina sobre a existência dos súditos[9].

A Idade Média, que durou da queda do Império Romano do Ocidente, em 476 d.C. e terminou com a conquista de Constantinopla pelos turcos-otomanos em 1453, presenciou o surgimento da igualdade perante a lei, todavia apenas entre conquistadores romanos e homens livres oriundos dos povos conquistados[10].

A crescente escassez de escravos para as atividades agrícolas, artesãs e manufatureiras, fez surgir na Idade Média as figuras livres do meeiro agrícola, do alfaiate, do sapateiro, do artesão. Essas novas classes de pessoas passaram a se reunir em associações, também conhecidas como corporações de ofício, com o fim de defenderem seus interesses e,

---

6 PIRRENE, Jacques-Henri. **Panorama da história universal**. São Paulo: editora da Universidade de São Paulo, 1973.

7 GRÓF, Gabriel Lohner. **A origem da escrita na mesopotâmia como problema interdisciplinar.** Revista TEL, Irati, v. 11, n.1, p. 26-50, jan. /jun. 2020.

8 PIRRENE, Jacques-Henri. **Panorama da história universal**. São Paulo: editora da Universidade de São Paulo, 1973. p. 13-15.

9 PIRRENE, Jacques-Henri. **Panorama da história universal**. São Paulo: editora da Universidade de São Paulo, 1973.

10 LOBO, R. Haddock. **História universal. v. 2.** 2. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1975. p. 23.

com essa nova fisionomia, a sociedade da época conhece o tensionamento entre novas forças e interesses[11].

Por meio de inúmeras guerras, invasões, acordos, a Europa Ocidental foi se desenhando durante a Idade Média. Aspecto importante foi o papel da igreja na configuração dos reinos, nos quais exercia grande influência espiritual e natural, por meio da propriedade de extensas faixas de terra e governo de cidades. O grande número de famílias que se assenhorearam das terras oriundas do império romano caído, configurou o sistema conhecido como feudalismo[12].

Por outro lado, as constantes lutas e invasões, foram forçando essas sociedades a se organizarem em Estados, os Estados feudais com suas relações de suserania e vassalagem. Uma certa estabilidade nas relações sociais foi dando origem a leis específicas, sobretudo para regular os negócios privados de posse e hereditariedade das terras, dos direitos nas corporações de ofício, entre outros[13].

Muito embora a Idade Média tenha assistido à conformação dos Estados, organização na agricultura e comércio, com surgimento e organização de várias cidades, a exemplo da antiguidade, não há que falar do princípio da legalidade nos moldes conhecidos hoje[14].

Por essas épocas, quando o soberano detinha poderes de vida e morte sobre seus súditos, por vezes poderes divinos, era natural que as regras atendessem mais aos seus interesses que aos dos governados. Nesse cenário de dominação, difícil imaginar a existência de garantias dos súditos contra as vontades de momento de seus senhores[15].

Como a História não obedece a padrões rígidos em todas as partes do globo, lampejos do princípio da legalidade podem ser apontados em países e épocas diferentes, mesmo dentro dos períodos citados. Exemplo clássico é a Magna Carta assinada pelo rei da Inglaterra, João Sem-Terra, no ano de 1215, sob pressão dos nobres ingleses.

O artigo 48 da Magna Carta dá o tom da novidade, do freio ao poder absoluto: "Art. 48 – Ninguém poderá ser preso, ou detido, ou despojado de seus bens, costumes e liberdade, senão em virtude de julgamento de seus pares, segundo as leis do país."[16].

---

11 LOBO, R. Haddock. **História universal. v. 2.** 2. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1975.

12 LOBO, R. Haddock. **História universal. v. 2.** 2. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1975.

13 LOBO, R. Haddock. **História universal. v. 2.** 2. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1975. p. 42-51.

14 LARAIA, Ricardo Regis. **A dupla face do princípio da legalidade**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2008. p. 26.

15 LOBO, R. Haddock. **História universal. v. 2.** 2. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1975.

16 CARDOSO, Antônio Manoel Bandeira. A Magna Carta: conceituação e antecedentes. **R. Inf. Legisl. Brasília**, Brasília, a. 23 n. 91, p. 135-140, jul./set. 1986. p. 140.

Ainda que o povo não fosse o destinatário dessas garantias, vez que a Carta era dirigida para nobres e clérigos, a forma escrita do documento a perpetuou como modelo de limites às classes dominantes nos ofícios legislativos e executivos, bem como do surgimento de direitos e garantias fundamentais[17].

Na mesma Inglaterra, no ano de 1689 – período da Idade Moderna: 1453 a 1789 -, foi elaborada pelo parlamento inglês e imposto aos futuros monarcas, Guilherme e Maria II, a Declaração de Direitos (*Bill of Rights of* 1689*).* Entre as regras impostas ao rei estavam a proibição de cobrança de impostos sem a anuência do parlamento, interferência nas eleições parlamentares e suspensão de leis sem o aval dessa casa[18].

A par do movimento histórico, sobretudo os acontecimentos políticos, a conformação do princípio da legalidade tem sua paternidade no fílósofo Charles-Louis de Secondat, barão de La Brède e de Montesquieu, conhecido como Montesquieu (1689/1755), pois ele, indo abeberar-se em Platão, passa a pregar acerca dos pilares democráticos, tais quais a divisão das funções no Estado, a limitação dos poderes e o princípio da legalidade[19].

O mundo, sobretudo no período compreendido entre os séculos XVI e XVIII, estava em franca transformação na forma de governar, de produzir, de comercializar, de se relacionarem as pessoas e as camadas sociais. Carecia então de um fato que marcasse e reunisse toda essa mudança em ebulição e lhe desse um sentido que atendesse aos anseios do povo e da emergente classe burguesa. Eclode a Revolução Francesa.

2.2 O nascedouro do princípio da legalidade

A história dos direitos fundamentais está definitivamente vinculada à história do Estado constitucional[20], bem como ao reconhecimento dos direitos naturais do homem, oponíveis até mesmo contra os detentores do poder, na doutrina de John Locke, que

17 LARAIA, Ricardo Regis. **A dupla face do princípio da legalidade**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2008. p. 26. p. 29.

18 APPEL, Tiago Nasser; COSTA, Armando João Dalla (2012). **leviatã acorrentado**: Tributação e Representatividade da Magna Carta à Revolução Gloriosa. IV Seminário Nacional de Sociologia e Política. Curitiba: 2012, p. 14.

19 LARAIA, Ricardo Regis. **A dupla face do princípio da legalidade**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2008. p. 26. p. 54.

20 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 36.

influenciou os principais autores iluministas franceses, alemães e americanos do século XVIII[21].

Um dos principais contributos de John Locke para o constitucionalismo foi a sua formulação acerca da distinção entre poder absoluto, de posse do rei ou de uma assembleia sob cuja posse estão o poder legislativo e o poder executivo, e o poder moderado, no âmbito do qual os poderes legislativo e executivo encontram-se em mãos diferentes[22].

Como precedentes, na Europa dos séculos XVI a XVIII, expoentes das ideias políticas e jurídicas, entre os quais Jean Bodin (1529-1596), Thomas Hobbes (1588-1679), o próprio John Locke (1632-1704), Montesquieu (1689-1755) e Rousseau (1712-1778), traçaram as bases do constitucionalismo e da divisão dos poderes, com especial foco no Legislativo, que assume o exercício da vontade do povo, sobretudo da liberdade e da propriedade. E o instrumento de expressão da vontade soberana popular passa a ser a lei[23].

Anterior à instituição de um poder que governasse sobre os indivíduos, segundo Hobbes, não havia a figura do povo ou sociedade civil, mas somente esses indivíduos, que concordaram em conceder o direito de governo a um homem ou assembleia, desde os demais indivíduos concordassem em também se submeter a essa autoridade, originando assim a representação que os transformaria em povo[24].

Com o crescente movimento dos pensadores europeus[25] acerca dos direitos individuais, indisponíveis por sua raiz natural, aliado à crescente insatisfação da camada social burguesa e da vassalagem, com os privilégios e extorsões advindas da nobreza, por meio de taxas e impostos cada vez mais escorchantes, forma-se o ambiente ideal para a eclosão de movimentos reivindicatórios, pacíficos ou não.

A França emerge, então, como esse cenário ideal. País endividado, camponeses explorados duplamente, pelos nobres e pelo rei e, alia-se às colônias americanas na guerra contra os ingleses. Sabidamente, os ideais democráticos estavam em pauta na

---

21 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 40.

22 FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** de la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001. p. 93.

23 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 46-52.

24 FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** de la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001. p. 80.

25 Entre os principais pensadores desse período, acerca dos direitos individuais estão: John Locke (1632-1704), Thomas Hobbes (1588-1679), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), Montesquieu (1689-1755), Voltaire (1694-1778) e Immanuel Kant (1724-1804).

causa americana, vindo então, após a vitória colonial, colocar a França em xeque, pois, tais ideais também eram reclamados em seu território[26].

Convulsão interna e temores de invasão externa, esse o dia a dia do último quartel do século XVIII francês. Com a queda da monarquia, as pressões por espaço de poder entre as camadas sociais vitoriosas somavam-se às pressões do exterior, temeroso de que aquela onda de decapitações da nobreza lhes atingisse o solo.

Por fim a França consegue conter os ataques alienígenas e os alicerces da democracia mundial são lançados. Homens livres e iguais perante a lei, dignos de serem proprietários, titulares de suas opiniões - as quais podem até propagar -, dignos de ascender aos cargos públicos com base em sua capacidade. Liberdade, Igualdade, Fraternidade. Era o novo mundo que se descortinava[27].

De Rousseau parte a ideia da necessidade da figura do soberano, mas com o objetivo específico de impedir que a lei, que tinha afastado a figura do domínio pessoal e implantado a igualdade, fosse usurpada das mãos do povo soberano[28].

Assim, em solo americano, a Declaração de direitos do povo da Virgínia de 1776, como também na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que decretou o fim do antigo regime e a ascensão da burguesia ao poder, fizeram, a priori, a obra de transportar os direitos naturais do homem, presentes nas Cartas inglesas, para a Constituição, com status de direitos fundamentais[29].

Tais revoluções representaram um momento decisivo na história do constitucionalismo, ao estabelecerem o poder constituinte, que teve a finalidade nos Estados Unidos de declarar-se independente e colocar em vigor as constituições estaduais e federal, e na França de eliminar as instituições do antigo regime e criar outra forma política[30].

Nesse contexto, a Constituição reveste-se de atributos, entre os quais, o de impor limites ao poder dos governantes, em atendimento às liberdades do povo, com foco na preservação da dignidade humana[31]. Observe-se que a figura da constituição moderna se originou do conjunto de doutrinas denominadas de constitucionalismo, que, a

---

26 LOBO, R. Haddock. **História universal. v. 2.** 2. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1975. p. 177.

27 LOBO, R. Haddock. **História universal. v. 2.** 2. ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1975. p. 180-185.

28 FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** de la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001. p. 83.

29 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 43.

30 FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** de la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001. p. 103.

31 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 46.

partir de meados do século XVII se dedicou a recuperar o foco desse instrumento na noção de limite e garantia[32].

2.3 O Estado de Direito e o princípio da legalidade

Os movimentos filosóficos e políticos do século XVIII e antecedentes, que culminaram com o advento do Estado de Direito, fincaram suas bases nos direitos naturais do homem, bandeira do liberalismo e proteção do indivíduo em relação ao Estado. Portanto, por serem anteriores à sociedade política e portadores da própria finalidade desta, tais direitos deveriam ser por ela conservados[33].

Hobbes e Rousseau, ao localizarem o poder soberano, instituído por meio do pacto social, no centro da constituição, tinham como foco a instituição de uma lei que tivesse o condão de estabilizar a vida e propriedade dos indivíduos e assim, criar o ambiente para o desenvolvimento dos direitos individuais[34].

Nesse primeiro momento de formação do Estado de Direito, séculos XVIII e início do século XIX, o Estado cumpria seu papel se tão somente se abstivesse de agir para atrapalhar o gozo dos direitos fundamentais, estampados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: "artigo 2º - O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão."[35].

O Estado, deixava, então, ao alvedrio dos indivíduos o exercício desses direitos, limitado apenas por direitos de outros indivíduos. Atente-se, portanto que o modelo francês teve papel importante no implemento das Constituições dos Estados no século XIX, com o reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais[36].

O princípio da legalidade, então, revestia-se de duas faces, uma negativa, atribuída ao Estado, que somente poderia agir se expressamente autorizado pela lei, devendo manter-se inerte na ausência de tal autorização. E outra face positiva, de titularidade

---

32 FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** de la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001. p. 85.

33 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: Ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 176, 177.

34 FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** de la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001. p. 86.

35 FRANÇA. **Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789**. Disponível em: https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/414/2018/10/1789.pdf. Acesso em: 27 julho 2023.

36 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 44.

do indivíduo que, à exceção dos casos em que a lei o proibia ou o obrigava a fazer de determinada forma, estaria completamente livre para agir segundo o seu querer[37].

O advento do Estado de Direito, Liberal-burguês, corolário da positivação dos direitos fundamentais em sua versão clássica, deu origem, assim, à primeira geração de direitos fundamentais. Gerações essas que vão se alternar com a evolução do papel do próprio Estado.

A teoria das gerações de direitos foi criada pelo jurista tcheco, naturalizado francês, Karel Vasak, com inspiração no lema da revolução francesa, liberdade, igualdade e fraternidade[38]. Tal divisão foi citada por Vasak na aula inaugural dos cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, na França[39]/[40].

Entre nós foi o Paulo Bonavides um dos principais constitucionalistas que, em seu Curso de Direito Constitucional, classificou os direitos fundamentais em gerações, ao explanar que tais direitos se manifestam na ordem institucional em três gerações sucessivas[41].

Nesta dissertação utilizaremos as lições de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, os quais classificam os direitos fundamentais em gerações[42].

Em virtude da melhor aceitação, adotaremos o termo dimensões de direitos fundamentais, vez que parte considerável da doutrina entende ser o termo mais apropriado, tendo em vista que o termo gerações passa a ideia de sucessão no tempo, o que não ocorre de fato com os direitos fundamentais, que se acumulam, se sobrepõem, sem excluírem os direitos de dimensões anteriores. Portanto, adotaremos a nomenclatura apresentada por Ingo Wolfgang Sarlet acerca da classificação em dimensões de direitos fundamentais.

Assevere-se que o professor Paulo Bonavides, pioneiro entre nós na classificação dos direitos fundamentais em gerações, em uma de suas obras mais recentes, a quinta geração dos direitos fundamentais, ora se refere ao termo gerações e ora dimensões de direitos

---

37 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: Ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 193, 194.

38 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 517.

39 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 517.

40 OLIVEIRA, Samuel Antônio Merbach de. A teoria geracional dos direitos do homem. **Theoria – Revista Eletrônica de Filosofia**. ed. 3, 2010. Disponível em: https://www.theoria.com.br/edicao0310/a_teoria_geracional_dos_direitos_do_homem.pdf. Acesso em: 28 maio 2024.

41 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 517.

42 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

fundamentais. Vejamos: "A grande aspiração desses povos na contemporaneidade gravita ao redor da concretização dos direitos fundamentais das quatro dimensões ou gerações já conhecidas e consagradas, a saber, direitos individuais, direitos sociais, direitos dos povos, direitos universais."[43].

2.3.1 As Dimensões de direitos[44] [45]

Identificados e reconhecidos os direitos do homem em seus rudimentos, múltiplos interesses sociais vão determinar a extensão do seu delineamento, dando origem às gerações ou dimensões que se sucedem e intercalam nos Estados, não necessariamente de maneira linear. Todavia, o núcleo mais básico desses direitos, apoiados no princípio da legalidade doravante reconhecido em diversos ordenamentos constitucionais, cuida de assentar seus pilares.

Essas garantias revestem-se de tal importância que o Estado e todas suas autoridades teriam a obrigação de agir para assegurar a proteção, a fim de que o indivíduo pudesse viver num ambiente de segurança e respeito pela sua vida privada[46].

Tal entendimento encontra acolhida em Canotilho, para quem, o atual Estado de direito, pautado pelo constitucionalismo moderno, legitimou o aparecimento da chamada constituição moderna, pela qual "entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político"[47].

Os direitos fundamentais surgidos historicamente precisam, então, encontrar efetivação na estrutura do Estado. Para tanto, há que existir uma "conexão entre norma jurídica, obrigação objetiva e direito subjetivo, na lei fundamental"[48]. Assim, para que o direito fundamental subjetivo seja assegurado, deverá antes estar "afiançado jurídico-objetivamente"[49].

---

43 BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008. p. 90.

44 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 46. Trabalham com o termo gerações.

45 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 45. Trabalha com o termo dimensões.

46 HAARSCHER, Guy. **A Filosofia dos Direitos do Homem**: Instituto Piaget, 1993. p. 13.

47 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51.

48 MAURER, Hartmut. **Direito do estado**: fundamentos, órgãos constitucionais. Funções estatais. 6. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed. 2018. p. 329-333.

49 MAURER, Hartmut. **Direito do estado**: fundamentos, órgãos constitucionais. Funções estatais. 6. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed. 2018. p. 332.

Esses direitos individuais, tidos por anteriores ao Estado e inalienáveis, devem ser positivados de maneira especial, que lhes assegure o reconhecimento como fundamentais, sendo, portanto, a Constituição o lugar mais apropriado para a sua alocação[50].

Como exemplos da positivação dos direitos fundamentais e do princípio da legalidade, na Inglaterra, a Magna Carta de 1215, alhures referida, artigo 39:

> Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra[51].

Nos Estados Unidos encontra-se a Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776:

> Artigo 1° - Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança[52].

Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

> Art.1.º Os Homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum;
>
> Art. 2.º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão;
>
> [...]
>
> Art. 4.º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da

---

50 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 377.

51 **Magna Carta**. *In*: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida, 2023. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Magna_Carta&oldid=65678603. Acesso em: 31 jul. 2023.

52 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaração de Direitos de Virgínia**. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida, 2022. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Direitos_de_Virg%C3%ADnia&oldid=64306375. Acesso em: 31 jul. 2023.

> sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei;[53].

Os direitos fundamentais, uma vez positivados na constituição, acompanham o movimento da sociedade, em todo o seu complexo de valores, significações e alternância de forças. E, considerando que o viver cotidiano não conhece uma evolução linear, os ditos direitos fundamentais vão se somando, se intercalando, influenciando e sendo influenciados, formando o complexo do convívio social, passível de identificação em uma fotografia do momento histórico daquela sociedade[54].

A identificação de novos direitos fundamentais traz consigo um efeito cumulativo e complementar, onde esses direitos vão se expandindo e fortalecendo com o correr da história[55].

Doutrinariamente, em uma perspectiva histórica, os direitos fundamentais podem ser classificados em três ou mais gerações[56] ou dimensões[57] (nomenclatura que vai variar conforme a predileção do doutrinador, porém, os direitos em si encontram convergência), de acordo com o seu momento de positivação.

2.3.1.1 Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão

Foram os primeiros a serem reconhecidos, constantes tanto da revolução americana quanto da francesa[58].

Tendo em vista ser uma tradução dos anseios liberais- burgueses do século XVIII, essa geração/dimensão de direitos traz consigo uma afirmação dos direitos do indivíduo em contraposição ao Estado, que, nesse entendimento, deveria se manter inerte enquanto os cidadãos agiam livremente [59].

---

53 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos do homem e do cidadão**. In: WIKIPÉDIA, Flórida, 2022. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=-Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidad%C3%A3o&oldid=64500272. Acesso em: 31 jul. 2023.

54 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 45-46.

55 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 45.

56 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 155.

57 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 45.

58 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 155.

59 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 47.

Considerados de origem natural, os principais direitos positivados são o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei[60].

2.3.1.2 Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão

O incremento dos meios de produção que conduziu à industrialização, com todos os efeitos como o enriquecimento paralelo ao empobrecimento entre as classes sociais, o aumento populacional sem precedentes nas cidades, aliados ao distanciamento do Estado dos problemas sociais, impunham a esse Estado o abandono da posição absenteísta e a um atuar ativo na busca pela justiça social, sendo esse o cerne da implementação dos direitos fundamentais de segunda geração[61].

São esses os direitos à assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, direito a sindicalização, direito de greve. São os direitos sociais, por se ligarem a reivindicações de justiça social[62].

Já no decurso do século XIX e, sobretudo no século XX pós segunda guerra mundial é que esses direitos de segunda geração/dimensão irão encontrar inserção nas Constituições, também como liberdades sociais, a exemplo somando-se aos acima descritos, o direito de férias, repouso semanal remunerado, garantia de um salário-mínimo e limitação da jornada de trabalho[63].

2.3.1.3 Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão

São aqueles direitos cujo titular é a coletividade e não o indivíduo como ocorria nas gerações/dimensões anteriores, encontrando-se então nesse rol direitos como o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural[64].

Esses direitos, que recebem o título de direitos de fraternidade ou solidariedade, originam-se nos avanços tecnológicos e nos reflexos sobre os direitos fundamentais advindos das descolonizações do período após a segunda guerra mundial, somando-

---

60 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 47.

61 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 155.

62 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 156.

63 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 48.

64 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 156.

se aos já citados, portanto, o direito à autodeterminação dos povos e o direito de comunicação[65].

Ainda, conforme leciona Canotilho[66], como desdobramento dos direitos fundamentais de terceira geração, surgiram os direitos dos povos, por tratar-se de direitos ao patrimônio comum da humanidade, carentes, portanto, da atuação colaborativa de todos os Estados, e, portanto, considerando essa colaboração haveria justificativa para nomeá-los de **direitos de quarta geração.**

Em época mais recente, Paulo Bonavides inseriu uma nova classificação de direitos fundamentais, qual seja, nomeou a paz como **direito fundamental de quinta geração**[67].

Para o autor, o direito à paz, que Karel Vasak classificou como direito de terceira geração, adquire dignidade jurídica em virtude do reconhecimento que toda a humanidade lhe deve por ser pressuposto qualitativo da convivência humana[68].

Dessa forma, assevera que a dignidade jurídica do direito fundamental à paz somente se torna possível em termos constitucionais com a sua elevação de forma autônoma a direito fundamental de quinta geração, retirando-o da posição de invisível que se encontrava entre os direitos de terceira geração[69]. E conclui dizendo: "vamos mais longe no sonho e na utopia, porque vislumbramos a esperança de ela, a paz, concretize a associação da justiça com a democracia e a união do direito com a liberdade."[70].

Há outras classificações das gerações/dimensões dos direitos fundamentais, todavia, para os propósitos que aqui nos dispusemos, apresenta-se como adequada a classificação acima.

Um aspecto relevante da classificação dos direitos fundamentais em dimensões, é que os direitos anteriores não são suplantados pelos direitos novos, mas, somam-se a esses e interagem entre si, tendo o seu sentido adaptado à nova realidade.

---

65 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 48, 49.

66 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 386.

67 BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008. p. 82-93.

68 BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008. p. 86.

69 BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008. p. 86.

70 BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008. p. 90.

Assentados os direitos fundamentais em diversos textos constitucionais dos séculos XVIII a XX, o princípio da legalidade ganha *status* constitucional de reveste-se de forma específica dual ao tratar do papel do Estado e seus órgãos e do papel do indivíduo e instituições privadas.

Para o Estado, o princípio da legalidade impõe o agir somente segundo o a autorização da lei e exatamente nos limites determinados, tanto na Constituição quanto nas leis[71].

Por outro lado, para os indivíduos e as instituições privadas, o princípio da legalidade reveste-se de outra roupagem, qual seja, podem fazer ou deixar de fazer o que quiserem, desde que não haja lei proibindo ou determinando conduta específica[72].

2.4 Os direitos do homem: considerações filosóficas

Desde o pensamento racionalista grego, que procurava legitimar o poder pela razão, a liberdade pelo não governo de um homem por outro tido como déspota, mas pela participação de cada um nos rumos da cidade, a filosofia dos direitos do homem busca seu lugar. No caso, em um ambiente social, vez que para essa filosofia, o homem está irremediavelmente ligado à cidadania[73].

Passando pelo estoicismo, gerado a partir do desaparecimento das cidades e reconhecendo uma comunidade cosmopolita de sábios, na qual os homens eram iguais por ser dotados da razão[74].

Com o advento do cristianismo, as leis naturais passaram a estar vinculadas à lei divina, donde todos os homens são iguais por serem filhos de um mesmo Deus, com a consequência de a filosofia tornar-se subordinada à teologia, sofrendo todas as consequências dessa submissão, até que a reforma protestante abriu caminho para o desenvolvimento dos direitos do homem ao defender a liberdade de consciência, a salvação não mais pelas obras; deixando livre o caminho para o desenvolvimento da burguesia[75].

---

71 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: Ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 192, 193.

72 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: Ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 194.

73 HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem**: Instituto Piaget, 1993. p. 58, 59.

74 HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem**: Instituto Piaget, 1993. p.75-77.

75 HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem**: Instituto Piaget, 1993. p.79-96.

Dessa forma, no século XVIII o direito natural, por caminhos não muito retilíneos tinha novamente se libertado das amarras tanto do historicismo quanto da razão, voltando a pertencer ao homem enquanto homem, desprovido de qualquer exigência de habilidade especial ou de iluminação divina.

A questão de fundo, porém, volta a ser como equacionar essa filosofia dos direitos do homem com o pensamento moderno do Estado de Direito e sua fé na possibilidade de positivação de todo o arcabouço jurídico. O direito natural volta à cena.

2.4.1 Considerações sobre o Direito Natural Moderno

Nascido com Hugo Grotius, o direito natural moderno, segundo seu ensino, assenta-se em sua própria evidência, desvinculada de qualquer crença[76].

Em David Hume, a filosofia dos direitos do homem sofre duro golpe, ao afirmar que não era possível, por meio da razão, conhecer-se os direitos fundamentais do homem, e, como consequência, aponta-se o positivismo como resposta[77].

O tempo cuidou de mostrar, todavia, que o positivismo puro não poderia dar conta da complexidade das relações sociais, de garantir os direitos do homem, existentes desde épocas imemoriais, portanto, justificadores e autorizadores do contrato social.

O princípio democrático originado na Europa moderna já trazia em si uma questão de difícil solução, qual seja, a legitimação de poderes que dificilmente se deixariam controlar, como o poder legislativo, que aos poucos se distanciava das dimensões do limite, da garantia e do equilíbrio. De tal forma que as constituições europeias do início do século XX praticamente haviam apagado a constituição democrática como outrora idealizada[78].

As barbáries cometidas no período entre guerras mundiais, em nome de sob o escudo de uma legalidade estrita, abriu novamente espaço ao debate acerca dos direitos naturais do homem e seu papel na ordem dos Estados Constitucionais de Direito.

Assistiu-se ao triste drama de que apenas as amarras formais do Estado de Direito mostraram-se ineficazes para proteger os signatários do contrato social, em especial aqueles que, buscando abrigo à insegurança do estado de natureza, renunciaram a parte de sua liberdade em prol de uma proteção eficaz contra o arbítrio do mais forte.

---

76 HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem**: Instituto Piaget, 1993. p. 96, 97.

77 HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem**: Instituto Piaget, 1993. p. 98-103.

78 FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** de la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001. p. 148.

Nesse período, considerado um dos mais dramáticos da recente história europeia, a constituição deveria se reinventar para firmar como fundamento de novos regimes políticos que resgatassem os primados das grandes revoluções do século XVIII, para tanto, deveria conter as principais decisões do poder constituinte em linha com a vontade do povo soberano, com foco nos direitos fundamentais, na igualdade e sobretudo nos ideais democráticos[79].

Partindo da constituição alemã de Weimar, de 1919, as constituições democráticas do século XX buscaram superar a antiga fórmula de ordenação dos poderes e entrega da garantia dos direitos à lei, através da fixação de princípios fundamentais que a todos submetessem, selecionados pelo povo soberano[80].

Inaugura-se então um novo dia na história da democracia ocidental, com a busca por instrumentos institucionais capazes de concretizar os princípios fundamentais, entre os quais despontam, com relevância o princípio da inviolabilidade dos direitos fundamentais e o princípio da igualdade[81].

Foi apenas na segunda metade do século XX, que o mundo ocidental, sacudido pelos horrores da segunda guerra mundial, buscou por textos constitucionais que trouxessem garantias mais efetivas do povo contra forças arbitrárias. Essas constituições fixaram definitivamente a ideia do poder constituinte, agora com uma roupagem de legalidade constitucional superior à legalidade ordinária, capaz de limitar os poderes do legislador[82].

A solução seria encontrada, então, na introdução no contrato, de valores específicos, que orientassem desde a discussão, a edição e a aplicação das normas positivadas no Estado, e esses valores não se albergam em outro lugar senão no direito natural[83].

As democracias constitucionais contemporâneas buscam assim um equilíbrio entre o princípio democrático e os limites da política, por meio da força normativa da constituição e sobretudo pelo controle de constitucionalidade, com o enfrentamento constante das tentativas de invasão de campos de atuação e busca pelo contínuo respeito à separação dos poderes[84].

---

79 FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001. p. 149.
80 FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001. p. 150.
81 FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001. p. 150.
82 FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001. p. 161.
83 HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem**: Instituto Piaget, 1993. p. 41-43.
84 FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** de la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001. p. 164.

2.5 Papel dos princípios na ordem jurídica

Ronald Dworkin propõe uma distinção entre regras e princípios. Segundo esse autor, as regras jurídicas se aplicam caso a situação fática se enquadre no seu comando, caso contrário, não são aplicáveis, obedecendo, portanto, ao um comando de "tudo ou nada" [85].

Com relação aos princípios jurídicos, não se aniquilam em sua aplicação no caso concreto, mas, obedecem a um sopesamento de sua aplicabilidade, dessa forma, em um outro caso, um princípio que alcançou peso menor, poder receber proeminência, de forma a não se aniquilarem na ordem jurídica[86].

Para Robert Alexy, dizem-se normas tanto as regras quanto os princípios, uma vez que ambos apontam para o que deve ser e, um dos critérios para os distinguir é o grau de generalidade, enquanto os princípios são dotados de grande generalidade, as regras possuem pequena generalidade[87].

Outra distinção, diz com a constatação de que princípios apontam para a realização de algo no grau mais elevado possível de satisfação na ordem jurídica, recebendo, portanto, a designação de "mandamentos de otimização", os quais dependem do embate com outros princípios, ao passo que as regras possuem determinações dentro do juridicamente possível[88].

Diante do conflito entre duas regras, as soluções possíveis são a inserção em uma delas de uma cláusula de exceção, para situação específica ou, em caso de não existência dessa cláusula, da declaração de invalidade de uma das normas; os princípios, por sua vez, em caso de colisão se ajustam não pela declaração de invalidade, nem mesmo pela inserção de cláusula de exceção, mas pela cessão de um frente ao outro pela precedência[89].

Neste ponto cabível uma distinção entre os princípios normativos apresentados por Alexy e os princípios gerais de direito, conforme identificados no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, (Decreto-Lei nº 4.657, de 4

---

85 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1ª edição. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

86 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1ª edição. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 40-46.

87 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5ª edição alemã. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

88 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5ª edição alemã. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 91.

89 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93.

de setembro de 1942), com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010.

Os princípios gerais de direito, cuja natureza **é de apresentar diretriz**es amplas e fundamentais do sistema jurídico, **são** espécies normativas de integração que dão apoio a todo o sistema jurídico, mesmo não estando positivadas, e apresentam-se como o último refúgio do julgador diante do caso concreto, quando falharam a lei, a analogia e os costumes, por estarem tais princípios gerais estribados no ideal de justiça[90].

Já os princípios normativos, conforme apresentados por Alexy, são normas com muita generalidade, que tem como características a possibilidade de satisfação em diversos graus, e, no caso de colisão entre princípios, a solução se dá por meio da precedência de um com relação ao outro naquele caso concreto[91]. Esses princípios são, em regra positivados na Constituição.

Para Norberto Bobbio, não há qualquer dúvida de que os princípios gerais são normas tanto quanto as demais, sendo, porém, as normas mais fundamentais do sistema jurídico e ainda podem se revestir da forma expressa ou não expressa[92].

Da mesma forma para Atienza e Manero, princípios e regras são espécies de norma. Os princípios, por sua vez, são caracterizados por serem normas de caráter geral, possuindo uma redação vaga, programáticas, apresentam os valores maiores do ordenamento jurídico com elevado grau de hierarquia e comumente dirigidos aos **órgãos aplicadores do direito**[93].

Identificados os princípios, assim como as regras, como espécies de norma, conducentes à concreção, denota-se a superação do Estado de Direito restrito ao positivismo, encontrando o jusnaturalismo, a par de toda a discussão filosófica que se situa em sua gênese, crise e nova ascensão, o espaço reclamado para a concretização da justiça, mediante a aplicação da lei e do direito.

---

90 PAIVA, Eduardo de Azevedo. Princípios gerais de direito e princípios constitucionais. *In*: **Curso de direito constitucional:** normatividade jurídica. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 11). p. 51-59. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_expediente.pdf. Acesso em: 29 maio 2024.

91 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 85-93.

92 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 158, 159.

93 ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruyz. Sobre princípios e Regras. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, v. 4, n. 01, p. 04–24, 2017. DOI: 10.29293/rdfg.v4i01.144. Disponível em: https://portaldeperiodicos.animaeducacao.com.br/index.php/RDFG/article/view/13876. Acesso em: 29 maio 2024.

2.6 O princípio da legalidade e a Administração Pública

Uma vez constituído o Estado de Direito, por meio da Constituição, esse pode cumprir seu mister, qual seja, proporcionar o bem comum da sociedade[94].

Nasce então, com o Estado de Direito, o Direito Administrativo[95]. Essa disciplina, voltada à codificação de normas limitadoras à ação do Estado e de seus governantes, visa estabelecer limites às prerrogativas do exercentes do poder tanto horizontal (em suas relações com outros Estados), quanto em suas relações com os cidadãos[96].

Seriam, portanto, objetos do Direito Administrativo a organização, o funcionamento e a atividade do poder executivo, ou de quem em seu nome as exerça, na execução dos serviços públicos[97]. Também conforme Ruy Cirne Lima, para quem o Direito Administrativo, como ramo do direito positivo cuida da atividade administrativa, das pessoas administrativas, da organização e dos agentes administrativos[98].

O Direito Administrativo não teria momento mais propício para nascer, a não ser no Estado de Direito, vez que tanto no feudalismo, como no imperialismo, os interesses a serem atendidos eram os do senhor ou do governante. De outra forma, o Direito Administrativo surge para submeter os atos do Estado aos mandamentos legais, como forma de proteger o cidadão[99].

A Revolução Francesa, assim, é um marco no surgimento tanto do Direito Constitucional quanto do Direito Administrativo, ramos do Direito Público, cujo interesse, modernamente, se sobreporá à autonomia privada apenas na medida em que seu foco seja a concretização de interesses da coletividade[100].

O Direito Administrativo cuida, então, dos princípios e regras disciplinadores de órgãos, agentes e atividades levadas a efeito pela Administração Pública, com o fim de cumprir com o interesse público, sob um regime jurídico próprio que tem

---

94 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direitos administrativo**. v. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1969. p. 15,16.

95 MELLO, Celso Antônio Bandeira de (org.). **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986. p. 10.

96 MELLO, Celso Antônio Bandeira de (org.). **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986. p. 61.

97 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 19.

98 CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1964. p. 25, 26.

99 MELLO, Celso Antônio Bandeira de (org.). **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986. p. 13.

100 NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011, p. 3, 4.

como metas satisfazer os interesses coletivos ao mesmo tempo que labora para a proteção das liberdades individuais, a qual, nesse mister utiliza-se da razoabilidade e proporcionalidade com foco na preservação do núcleo essencial das garantias fundamentais[101].

Neste cenário se faz apropriada a citação de emblemática decisão judicial que teve espaço na França do século XIX, e é considerada como base para o estabelecimento do Direito Administrativo Francês. Cuida-se do famoso Caso Blanco[102], o qual será aqui explanado em linhas gerais.

No dia 03 de novembro de 1871, uma criança de nome Agnés Blanco atravessava uma rua de Bourdeaux quando foi atropelada por uma vagonete pertencente a uma empresa estatal de manufatura de tabaco e era conduzida por quatro empregados, tendo uma perna amputada.

O pai da criança ingressou com uma ação de indenização contra o Estado, no Tribunal de Justiça, de cunho civil, alegando a chamada falta do serviço. Em virtude da existência da jurisdição administrativa na França, que cuida das causas em que o Estado é parte, gerou-se o conflito, que foi à decisão do Tribunal de Conflitos.

Após julgamento apertado, com 4 votos para cada lado, o Ministro da Justiça, presidente do Tribunal de Conflitos, desempatou a votação atribuindo a responsabilidade da causa à jurisdição administrativa e concedeu uma pensão vitalícia à vítima.

Foram ali lançadas as bases da Teoria do Risco Administrativo, a qual estabelece a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados por seus agentes em função do serviço. E para muitos juristas, esta decisão constitui-se na pedra angular do Direito Administrativo Francês.

Celso Antônio Bandira de Mello, citando Renato Alessi, escreve que: "enquanto no Direito Privado pode-se fazer tudo aquilo que não é proibido, no Direito Administrativo só se pode fazer aquilo que é permitido; donde a relação que existe entre a administração e a lei é uma relação de subordinação."[103]. Enfatiza também essa subordinação Fagundes, ao identificar nessa relação de subordinação à ordem jurídica todas as atividades da Administração Pública[104].

---

101 NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2011, p. 5, 8.

102 NERY, Ana Rita de Figueiredo. Responsabilidade civil e serviços públicos: um espaço de convivência entre a autoridade e a consensualidade. *In*: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello e BENACCHIO, Marcelo (coord.). **Responsabilidade civil**. São Paulo: Editora Paulista da Magistratura, 2015. p. 468.

103 MELLO, Celso Antônio Bandeira de (org.). **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986. p. 16.

104 FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder Judiciário**. 8. ed. Rio de

Por fim, dada a importância capital da legalidade para o Direito Público, eleva-se a legalidade à categoria dos princípios[105].

2.6.1 O princípio da legalidade administrativa no Estado Liberal de Direito

Adotado o princípio da legalidade tanto no Estado americano como no francês, obra dos anseios burgueses em primazia, estava em foco a liberdade individual perante o Estado. Portanto, era natural que os cidadãos pudessem quase tudo em sua esfera privada de vida, respeitadas somente as barreiras legais que eles próprios haviam concordado em instituir. O Estado, por outro viés, deveria ser limitado em sua sanha de poder, amplamente conhecida, temida, sofrida e odiada no *ancien régime* europeu.

Desse modo, os direitos naturais e imprescritíveis do homem quais, liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão, conforme exposto alhures, estavam doravante protegidos por lei contra o agir estatal, que deveria se manter em uma posição de distanciamento das relações entre os cidadãos, somente intervindo, quando no gozo de algum desses direitos, qualquer cidadão ofendesse o direito de outro.

Para traduzir a vontade do povo de viver livre das amarras do Estado, havia apenas um poder legitimado, qual seja, o parlamento, então a legalidade considerava a lei em sentido estrito, aquela editada pelo legislador, cabendo ao executivo e ao judiciário somente aplicá-la. Para além do órgão emanador das normas, essas eram iguais para todos e traziam consigo a carga material, oriunda do naturalismo, de direitos inatos do cidadão[106].

Nesse Estado Liberal, a par da liberdade do cidadão, o princípio da legalidade submetia a administração pública, dentro de uma esfera negativa de atuação, a abster-se de fazer aquilo que a lei proibia. Porém, a discricionariedade administrativa era entendida como uma carta branca autorizadora do agir administrativo livremente, onde não houvesse lei proibindo; essa conformação da discricionariedade administrativa era uma herança do *ancien régime* que desejava, sorrateiramente continuar a agir, a despeito das mudanças, dando uma sobrevida a privilégios e dominação[107].

---

janeiro: Forense, 2010. p. 115.

105 FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 8. ed. Rio de janeiro: Forense, 2010. p. 115.

106 DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Da Constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Atualidades Jurídicas: **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 1-19, jan./jun., 2012. p. 2, 3. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80131. Acesso em: 13 março 2024.

107 DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Da Constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Atualidades Jurídicas: **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 1-19, jan./jun., 2012. p. 3. Disponível

2.6.2 O princípio da legalidade administrativa no Estado Social de Direito

Passados os primeiros anos da instituição do Estado de Direito, percebeu-se que nos moldes originais, o distanciamento do Estado das relações sociais favorecia amplamente aos novos detentores do poder, diga-se a burguesia endinheirada.

Nesse cenário, o liberalismo que outrora hasteava a bandeira de liberdade, igualdade e fraternidade, sentiu o peso da natureza humana e já não era suficiente para garantir essa harmonia social. O Estado precisava acordar, erguer a voz e agir para corrigir os rumos sociais.

Como uma nota fora da curva, a mesma legalidade que trouxe liberdade no século XVIII, serviu de ferramenta para a dominação, a exploração e até o extermínio de seres humanos no primeiro quartel do século XX. Algo precisava mudar, as teorias precisavam ser revisitadas, a tirania precisava ser submetida a novos freios.

Os trabalhadores, sujeitos a rotinas cada vez mais extenuantes nas cidades e nos campos, reclamavam do Estado uma proteção ativa daqueles ditos direitos de primeira geração, aliados a novos direitos reconhecidos ou surgidos na nova forma de viver, os direitos à assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, direito a sindicalização, direito de greve.

Passado o período sangrento e de desalento das duas guerras mundiais, já não havia espaço para um Estado inerte, mas esse deveria se imiscuir na vida cotidiana, no convívio social e no econômico, com o fim de buscar a igualdade possível, vez que já não cabia o pódio social ao princípio da liberdade, mas ao princípio da igualdade; já se ouvia falar em proteção aos interesses públicos[108].

O Positivismo jurídico, com seu entendimento de que somente o direito posto por seres humanos é válido, afastou o direito natural do cenário das leis. Como consequência, a legalidade administrativa sofreu uma mudança radical, a partir desse momento, a Administração Pública somente poderia agir na letra da lei, estando, portanto, proibida de fazer nada que não fosse permitido por lei[109].

---

em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80131. Acesso em: 13 março 2024.

[108] DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Da Constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Atualidades Jurídicas: **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 1-19, jan./jun., 2012. p. 3. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80131. Acesso em: 13 março 2024.

[109] DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Da Constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Atualidades Jurídicas: **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 1-19, jan./jun., 2012. p. 3. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80131. Acesso em: 13 março 2024.

Como consequência, a discricionariedade administrativa também sofreu grande limitação, vez que a parcela de liberdade da Administração deveria estar posta em lei, ao contrário da fase anteriormente aludida[110].

Às mudanças acima, somou-se no Estado Social a atribuição de função normativa ao Poder Executivo, vez que o Estado cresceu, e, com o distanciamento do direito natural, a lei perdeu o seu conteúdo material, fixando-se no conteúdo formal, ou seja, a lei passou a ser obedecida tão somente por seu conteúdo normativo, alijando-se do conteúdo de justiça[111].

2.6.3 O princípio da legalidade administrativa no Estado Democrático de Direito

Com o advento do Estado Democrático de Direito, firmado em diversas Constituições contemporâneas, a exemplo da brasileira de 1988, a participação popular nos destinos nacionais ganhou novos contornos, com implicação direta no princípio da legalidade administrativa.

Nesse ponto, os cidadãos deixaram de ser apenas destinatários das normas, elevando-se à condição de autores das normas e participantes da gestão estatal e, consequentemente, administrativa, bem como protagonistas da construção das estruturas jurídico-políticas do Estado[112].

Os direitos fundamentais e sua defesa, parceiros que são da democracia, careciam desse ambiente para se concretizar. Assim ao se encontrarem em momento histórico símile, deram origem ao Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, o Direito Administrativo, com o fito de alcançar maior estabilidade e realização, foi alçado, de vez, a categoria constitucional.

No caminhar do princípio da legalidade jungido à evolução do papel estatal, o Direito Administrativo acompanhou a evolução, partindo de um primeiro momento de contenção do poder do Estado, à garantia de certos direitos individuais, para

---

110 DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Da Constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Atualidades Jurídicas: **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 1-19, jan./jun., 2012. p. 3, 4. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80131. Acesso em: 13 março 2024.

111 DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Da Constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Atualidades Jurídicas: **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 1-19, jan./jun., 2012. p. 4. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80131. Acesso em: 13 março 2024.

112 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 49, 50.

o reconhecimento do cidadão como pessoa-sujeito, apto a participar junto à Administração no rumo da realização da dignidade humana[113].

O princípio da legalidade administrativa impõe à Administração o respeito às leis estrito senso, mas também a todo o conjunto normativo, entendendo-se então a lei, genericamente falando, como todo o direito positivo[114].

Jungida ao princípio da legalidade, no Estado Democrático de Direito a Administração Pública encontra-se impedida de exteriorizar sua vontade, seja por meio de atos ou políticas públicas, além do que permite a lei, extrapolando os limites legais, aquém do que ela exige, deixando de cumprir as determinações legais, fora do que está previsto no texto legal, faltando-lhe a base legal e nem mesmo contra o que está disposto expressamente no texto normativo[115].

O princípio da legalidade na administração pública fez, então, um caminho inverso daquele trilhado no Estado de Direito, qual seja, a lei voltou a assumir um conteúdo material em adição ao conteúdo formal, e isso tornou-se possível mediante a uma busca da justiça pelo direito, significando que a administração não mais devia reverência apenas à lei posta, mas ao direito como um todo e visando a um ideal maior de justiça[116].

2.7 O princípio da legalidade na Administração Pública brasileira

Portugal do século XVIII vivia sob uma monarquia absoluta, cujas principais características podem ser descritas como centralização do poder na mão do rei, ascensão da burguesia e enfraquecimento da nobreza, e, tal centralização levou a um aperfeiçoamento da estrutura administrativa, essa tinha como ponto fraco o recrutamento por favoritismo e a venda de cargos públicos[117].

---

113 NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 28-32.

114 DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública & políticas de meio ambiente**. Curitiba: Juruá editora, 2014. p. 39.

115 DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública & políticas de meio ambiente**. Curitiba: Juruá editora, 2014. p. 35, 36.

116 DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Da Constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Atualidades Jurídicas: **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 1-19, jan./jun., 2012. p. 4. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80131. Acesso em: 13 março 2024.

117 FREITAS DO AMARAL, Diogo. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. v. 1. Coimbra: Almedina, 2000. p. 67,68.

Enquanto isso, o Brasil Império inaugurou a sua primeira Constituição em 1824, na qual consta como disciplina da administração a possibilidade de acesso aos cargos públicos a todos os cidadãos, dependendo de seus talentos e virtudes, bem como a responsabilização dos empregados públicos pelos abusos e omissões praticados no desempenho de suas funções[118].

Com relação à legalidade administrativa no Brasil Império, o artigo 166 da Constituição de 1824 dispõe que: "Art. 166. A Lei designará as suas atribuições, competência, e autoridade, e quanto convier no melhor desempenho desta Administração.".

Na Constituição republicana de 1889 foi omitida essa menção à lei, porém, o acesso a cargos públicos foi deferido aos brasileiros que apresentassem capacidades especiais estatuídas em lei, sendo vedada a acumulação remunerada de cargos[119].

A Constituição brasileira de 1934 criou um verdadeiro regime dos funcionários públicos em seu título VII, abrangendo do artigo 168 ao 173, que tratam desde o acesso por concurso de provas e títulos, acúmulo de cargos, aposentadoria, responsabilidade solidária com a saúde pública, suspensão de remuneração em caso de assunção de cargo eletivo, bem como a determinação ao Poder Legislativo para votar o Estatuto dos Funcionários Públicos, entre outros[120].

As Constituições de 1937, 1946, 1967 e Emenda Constitucional 1/1969, mantiveram a estrutura do regime dos funcionários públicos inaugurado na Constituição de 1934, sem maiores alterações e, com relação à Administração Pública dos entes federados, nota-se nessas Cartas a presença de normas limitadoras de sua atuação[121].

No período republicano acima referido, a doutrina brasileira cuidou de reconhecer e parametrizar os princípios do direito administrativo pátrio, entre os quais, destaca-se o princípio da legalidade, decorrente do regime adotado desde a primeira Constituição.

Dessa forma, o respeito à lei aparece como um dos princípios de Direito Administrativo, como a obrigação da Administração agir dentro da lei (em sentido

---

118 BRASIL. **Constituição (1824)**. Lex: Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. Art. 179, XIV e XXIX. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso: em 05 set. 2024.

119 BRASIL. **Constituição (1891)**. Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de fevereiro de 1891. Art. 73. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 05 set. 2024.

120 BRASIL. **Constituição (1934)**. Lex: Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Arts. 168 a 173. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 05 set. 2024.

121 BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 72, 73.

estrito), sendo responsáveis pelas consequências dos fatos a si atribuídos, contrários à lei, decorrendo ainda a punição dos funcionários que excedem e os que cumprem ordens ilegais, por ser a Administração "atividade do que não é proprietário".[122].

No tema da legalidade, enquanto o particular pode fazer tudo aquilo que não é proibido, como uma face do prestígio à autonomia, no Direito Público, sobretudo no Direito Administrativo, o que há é a reverência à lei, onde os atos dos agentes somente serão válidos se concordes com a finalidade estampada na lei[123].

O "poder administrativo" que é aquele impulso que a administração possui para executar seus atos e os fins do Estado está totalmente submetido à lei[124].

O princípio da legalidade reside no âmago do conceito república democrática, sendo que a atividade administrativa se fundará na lei e nesta mesma lei encontrará os seus limites[125].

A lei, uma vez criada como ato típico do Poder Legislativo, é dotada de tal valor formal que se impõe a todas as autoridades do Estado, sendo o ato emanado pela Administração uma concretização da própria lei[126].

Decorre da leitura da mais abalizada doutrina pátria do século XX, anterior à Constituição de 1988, que a Administração Pública, executora dos atos do Poder Executivo, também do Legislativo e Judiciário quando da atividade atípica administrativa, pautava-se estritamente pelos contornos legais, realizando a lei em seus rígidos detalhes.

No vazio da lei, a Administração Pública não atuava, ao revés, mandava um recado, como que um silêncio eloquente, de que apenas a lei em seu sentido estrito a poria em movimento. Ainda, caso a execução da lei conduzisse à mínima possibilidade de contrariá-la, também não agiria, vez que a ela não era dado contrariar os ditames normativos, seja agindo, seja se omitindo.

Este o cenário que encontrou o constituinte da redemocratização do Brasil, uma Administração Pública lenta e reticente, presa a uma legalidade estrita que já dava

---

122 CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios de direito administrativo**. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1964. p. 22, 176.

123 MELLO, Celso Antônio Bandeira de (org.). **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986. p. 15-17.

124 CAVALCANTI. Themístocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1977. p.177.

125 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 77.

126 MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direitos administrativo**. v. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1969. p.33.

mostras de não ser suficiente para atender aos reclamos de uma sociedade que se agigantava em complexidade e em desejo de participar cada vez mais dos rumos da nação, a fim de fazer valer o postulado democrático de que todo o poder emana do povo.

2.7.1 Constituição de 1988, Administração Pública e Legalidade

A Constituição de 1988 inovou totalmente. Na esteira da redemocratização, o constituinte destinou todo o capítulo VII do título III à Administração Pública. Do artigo 37 ao 43 instituiu desde os princípios da Administração Pública, organização, aplicação de recursos, cargos, servidores, militares, entre muitos outros[127].

Com a nova Constituição, os princípios de Direito Administrativo assumiram verdadeira dimensão normativa, servindo, desde então, como balizas à atuação administrativa, não só no campo dos atos, mas também do processo administrativo, que, com a edição da lei nº 9.784/99, introjetou todos os princípios valorizados constitucionalmente[128].

Uma verdadeira revolução pela qual os diversos países democráticos do mundo já estavam passando, e, em tempos de conexão global em rede não haveria mais espaço para uma Administração Pública lenta que não conversasse com as mais modernas formas de relacionamento horizontais e mesmo vertical em uma nova concepção, na qual o interesse público também ganhara novos contornos com a assunção de força normativa pela Constituição.

Papel crucial no processo de remodelagem da ação administrativa foi a constitucionalização do direito administrativo, com a consequente obrigatoriedade desse ramo do Direito observar as normas e princípios constitucionais, fazendo com que as velhas amarras dogmáticas viessem a ceder definitivamente[129].

Assiste-se então no Brasil contemporâneo a uma crise do princípio da legalidade administrativa, vez que a Administração Pública está obrigada a mirar a Constituição antes de devotar-se à lei e, esta devoção só se fará possível no âmbito dos limites previamente apontados pela Carta Magna, e o Direito Administrativo ganha nova

---

127 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 37-43. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 05 set. 2024.

128 NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 31.

129 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 24,25.

roupagem, agora democrática, ao passo que a Administração Pública responsabilizar-se-á por ser concretizadora de direitos fundamentais[130].

O papel do administrador público também se avulta nessa nova ordem, vez que estará com os pés fincados no agir corriqueiro, mas os olhos voltados para a Constituição Federal, como que a buscar em suas normas e princípios garantidores dos direitos fundamentais a chancela que o autorizará, ou não, a aplicar a lei ao caso concreto, podendo inclusive contrariá-la, sendo este o atuar conforme a juridicidade administrativa[131].

2.7.2 O princípio da legalidade administrativa no Pós-positivismo e Neoconstitucionalismo

Certo é que Direito Administrativo e Constituição andam juntos desde o advento do Estado de Direito, conforme referido neste trabalho. E, no caso do Brasil, com mais certeza, considerando que em todas as constituições, desde o Império, em menor ou maior grau, a figura do direito administrativo é presente.

Verdade também que foi a Constituição brasileira de 1988 que consagrou de vez o status constitucional do Direito Administrativo, ao designar capítulo específico para a Administração Pública.

Carece de nota o fato da constitucionalização do direito como um todo e, consequentemente do Direito Administrativo, decorrer do fenômeno da assunção, pela Constituição de força normativa, significando que tanto as regras quantos os valores constitucionais assumem autoridade capaz de condicionar tanto a validade quanto o sentido de todas as demais normas do direito infraconstitucional[132].

De tal sorte que o administrador público, diante do fenômeno, ao aplicar a lei precisará observar, para além do texto posto, se a lei e a sua aplicação atendem aos objetivos preconizados pela Constituição, bem como se está inserida nos contornos posto pela Norma Maior[133].

---

130 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 34-38.

131 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 34-38.

132 BARROSO. Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. p.12

133 BARROSO. Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. p. 22.

O princípio da legalidade na Administração Pública dentro do Estado Democrático de Direito, mais especificamente na atual fase do neoconstitucionalismo carece de se abeberar dos princípios e normas constitucionais, com isso, a dignidade humana ganha proeminência, a ideia de supremacia do interesse público sobre o privado reveste-se de novo sentido, qual seja, interesse público é o interesse da sociedade e o mérito do ato administrativo submete-se doravante ao controle judicial, portanto, o princípio da legalidade administrativa se robustece e remete o agir administrativo ao princípio da juridicidade[134].

No atual Estado brasileiro, então, a Administração Pública, por meio dos seus atos balizado pela nova roupagem do princípio da legalidade se coloca como serva da sociedade. Consequentemente deve atuar para concretizar direitos fundamentais à luz da Constituição Federal, possibilitada pela evolução do princípio da legalidade, que a faz pautar-se, desde então, pela juridicidade administrativa, possível no atual Estado Constitucional Democrático de Direito[135].

---

134 BARROSO. Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. p. 31, 32.

135 DEZAN, Sandro Lúcio. O que é o neojusnaturalismo? um olhar pela óptica da administração pública contemporânea. **Revista de Direitos Fundam. Democ.**, v. 25, n. 1, p. 81-109, jan./abr. 2020.

3 A tensão entre a legalidade e a juridicidade com o advento do pós-positivismo

Acontece, a partir da segunda metade do século XX, uma remodelagem do Estado, oriunda da constatação, sob alto preço para a história humana, de que não bastava que os Estados constituídos se submetessem fielmente às leis, se essas não traduzissem respeito à dignidade da pessoa humana e aos princípios norteadores da revolução francesa, nomeadamente, liberdade, igualdade e fraternidade.

Assiste-se, então, uma guinada do Estado para voltar a abeberar-se do direito natural, sem, contudo, abandonar o direito positivo.

Diversas nações, fundadas no pensamento científico contemporâneo acerca do tema, colocam em marcha reformas estruturais, a partir do texto e papel constitucionais.

Nesse contexto, a Administração Pública tem ressaltado o seu papel de, utilizando-se de normas, atos e contratos administrativos, empregar todos os seus meios, tais como, seus bens, seus recursos financeiros e por intermédio do trabalho dos agentes públicos, com o objetivo de atender às necessidades dos cidadãos, na medida que esse atendimento remeta à satisfação dos reclamos da coletividade[136].

Falar em Estado doravante subentende-se falar não apenas em Estado de Direito, mas em Estado Democrático de Direito, por carecer, qualquer definição nesse sentido, de identificação do poder emanador desse direito, o qual, sabidamente, está assentado sobre o povo[137].

A Administração, principal executora dos atos de governo, sente os efeitos dos ventos da mudança, sendo levada a questionar, inclusive, o sentido de institutos como o da primazia do interesse público sobre o interesse privado.

Assim, nesse novo Estado, a administração assume papel diverso diante dos administrados. Deixa de ser uma administração limitadora para apresentar-se como uma administração prestadora, que lança mão de todas as ferramentas ao seu dispor, tal como a lei, a Constituição, os princípios gerais de direito, dentre outras, com o fito de concretizar os direitos fundamentais dos administrados[138].

---

136 CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 264.

137 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 100.

138 SILVA, Henrique Dias da. Do princípio da legalidade ao princípio da juridicidade. **JURISMAT**, Por-

A prestação do serviço público caminha para revestir-se de regularidade na satisfação das necessidades de toda a coletividade, mas, identificável no atendimento a cada um dos administrados que dela necessite[139].

Tal mister restaria limitado e restringido pela estrutura jurídica não fosse a ocorrência de outro fenômeno, também levado a efeito na segunda metade do século XX, qual seja, a constitucionalização do direito, com a irradiação de suas normas e princípios por todo o ordenamento jurídico. Essa a realidade também do Direito Administrativo, que, no caso brasileiro, tem diversos princípios insculpidos literalmente em seu texto[140].

Assim, para alguns autores, o princípio da legalidade, no contexto do Estado Democrático Constitucional de Direito, pós-positivista, ganha contornos de realizador dos valores implícitos e explícitos da Constituição e de todo o Direito, numa busca por efetivar os ideais de justiça, para muito além de abeberar-se apenas no texto frio da norma posta[141].

Outra porção da doutrina, à qual se filia esta pesquisa, entende que para a concretização de direitos fundamentais no âmbito do pós-positivismo, mormente no Direito Administrativo, o princípio da juridicidade administrativa ganha relevo[142].

Nesse aspecto, com o fim de demonstrarmos a tensão entre a legalidade e a juridicidade com o advento do pós-positivismo, serão abordados *(i)* o pós-positivismo e a constitucionalização do Direito, *(ii)* o declínio do princípio da legalidade e *(iii)* a legalidade x juridicidade administrativa: a tensão.

3.1 O pós-positivismo e a constitucionalização do Direito

O positivismo jurídico questionado cede espaço à busca de soluções no seio do Estado de Direito, sendo pavimentada, assim, a estrada que conduziria ao pós-positivismo.

timão, n. 6. p. 169-186, 2015.

139 CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 265, 266.

140 MIRANDA. Rafael Sathler Gomes. A evolução histórica do princípio da legalidade e a extensão de seu sentido no atual contexto do direito administrativo. **Revista do CAAP**, UFMG, Belo Horizonte, n. 1-2, v. 27, p. 1-13, 2022. p.11.

141 DI PIETRO. Maria Silvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 29,30.

142 DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 103.

Com a reaproximação entre ética e direito, sobretudo após a segunda guerra mundial, a dignidade humana passa a ocupar o centro no sentido moral e no sentido jurídico, sendo traduzida nesse último por meio dos direitos fundamentais insertos nas cartas constitucionais[143].

Nesse ponto, restou identificado o *locus* de onde emanariam as novas diretrizes sociais, qual seja, a Constituição.

Ocorre que, o ambiente de concretização dos direitos fundamentais necessariamente deveria ser o ambiente da democracia, com os cidadãos como destinatários e produtores das normas estatais, daí que o Estado Democrático de Direito se estrutura como um rol de instituições jurídico-políticas destinadas a concretizar a dignidade da pessoa humana[144].

Para além da fonte emanadora das novas diretrizes sociais, restava identificado também o modelo de Estado que serviria de ninho para que essas ideias eclodissem.

Dessa forma, constata-se que, para que haja cidadania plena, os direitos fundamentais devem ser cristalizados sob a forma de princípios, em uma democracia que respeite o princípio majoritário sem olvidar do respeito a cada um em sua individualidade moral[145].

Nesse contexto, a Constituição é o instrumento por meio do qual democracia e direitos fundamentais se consolidam no âmbito do Estado, e, a forma da democracia e dos direitos fundamentais expandir seus efeitos por todos os limites do Estado é a constitucionalização do direito, também chamada de neoconstitucionalismo[146].

3.1.1 A Transição do Positivismo ao Pós-Positivismo: Integração de Princípios e Normas na Hermenêutica Constitucional Pós-Guerra

Originado do debate entre o jusnaturalismo e o positivismo, correntes filosóficas antagônicas que amparam o Direito, (ambientado no pós-segunda guerra mundial), o pós-positivismo apresenta-se como a busca por um meio termo entre essas duas

143 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 50.

144 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 50,51.

145 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 55.

146 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 61.

posições, surgido exatamente da negação do jusnaturalismo e posterior queda do positivismo[147].

Para o pensamento pós-positivista já não era possível a busca por uma aproximação entre ciências naturais e ciências sociais, característica do positivismo de Augusto Comte[148]. Como reação, passou-se a considerar o contexto de produção e aplicação das normas, com uma abertura para interpretações subjetivas do texto escrito, atentando-se o intérprete para as incertezas e perspectivas de um direito que se pretendia vivo.

O pós-positivismo busca uma superação da legalidade estrita e uma aproximação entre moral e Direito, sem, contudo, renunciar ao direito positivado, num cenário de princípios dotados de normatividade, com foco em uma teoria dos direitos fundamentais baseada na dignidade humana, tudo isso descortinado sob uma nova hermenêutica constitucional[149].

Enquanto para o positivismo os princípios não são dotados de força coercitiva, e servem apenas como balizas morais aos intérpretes do direito, para o pós-positivismo os princípios são espécie do gênero norma, que abriga também as regras, e detém poder normativo e de coação[150].

A complexidade social mostrou-se maior do que os conceitos congelados na lei estrita, a qual, para acompanhar os novos tempos careceria do apoio dos princípios, os quais, deixam de ser a figura de um ideal inspirador e inalcançável, para revestir-se de uma tal força capaz de obrigar ao seu cumprimento.

Por esse tempo, houve um reconhecimento da imperatividade das normas constitucionais, passando a Constituição de diversos países democráticos, cada uma a seu momento, de uma norma simplesmente política para uma norma jurídica, dotada, portanto, de nova forma de interpretação, adequada ao seu status, e possuidora de princípios próprios como o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder público, entre outros[151].

---

147 BARROSO. Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. p. 4.

148 LACERDA, Gustavo Biscaia de. Augusto Comte e o "positivismo" redescobertos. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, v. 17, n. 34, p. 319-343, out. 2009. p. 321.

149 LACERDA, Gustavo Biscaia de. Augusto Comte e o "positivismo" redescobertos. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, v. 17, n. 34, p. 319-343, out. 2009.

150 CHICOSKI, Davi. A legalidade administrativa e a crise do positivismo jurídico. **Revista Digital de Direito Administrativo.** Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo. v. 3, n.1, p. 254-283, 2016. p. 266.

151 BARROSO. Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun.

Outra novidade do pós-guerra, aliado à supremacia da Constituição foi expansão da jurisdição constitucional, assistiu-se a um reforço no papel do Poder Judiciário, paralelo ao detrimento do papel do Poder Legislativo, vez que o foco saiu da lei para a Constituição[152].

Fazia-se necessário para a transição do império da lei ao império da constituição, que essa possuísse meios de fazer com que seus mandamentos fossem cumpridos, de forma que a desobediência levasse à exclusão da norma ou extinção do ato que a contrariasse. As Cortes constitucionais assumem esse papel e passam a ser indispensáveis diante do novo cenário.

3.1.2 Neoconstitucionalismo e Pós-Positivismo: A Evolução da Constitucionalização do Direito e a Reaproximação entre Direito e Moral

Sobre a constitucionalização do Direito Administrativo, no sentido da constitucionalização de valores e princípios, com a consequente ampliação do sentido da lei, com um salto do Estado Legal ao estado de Direito, com foco na dignidade humana, foi positivado inicialmente na Alemanha em 1949, daí se expandindo para ordenamentos jurídicos da Espanha, Portugal, França e Brasil com a Constituição de 1988[153].

Esclareça-se neste ponto, tratar-se da positivação de normas administrativas nesse sentido, vez o processo de constitucionalização ao redor do globo se dá em época até anterior, como no caso da Constituição Polonesa de 1791 e da Constituição Mexicana de 1917, a qual trouxe para seu texto uma série de direitos sociais e princípios de justiça social, estabelecendo assim as bases para um Estado mais intervencionista na promoção do bem-estar da população.

Fenômeno do Estado liberal, a lei ocupava o centro do sistema jurídico, nesse cenário, a constituição não era considerada como uma norma jurídica de pronta aplicação, e sim como uma carta de valores e diretrizes políticas, ficando para a lei o papel de realizar a soberania popular por meio de sua aplicação[154].

2005. p. 6.

[152] BARROSO. Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. p. 6.

[153] DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Da Constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Atualidades Jurídicas: **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 1-19, jan./jun., 2012. p. 5, 6. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80131. Acesso em: 13 março 2024.

[154] BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e

Com o declínio da legalidade, a constituição passa a ocupar um novo lugar no sistema normativo, qual seja, a consolidação como norma jurídica com eficácia e aplicabilidade direta, também chamado de força normativa da constituição[155].

Um fator determinante para o sucesso do novo modelo jurídico foi a ampliação da jurisdição constitucional nos mais diversos países, em momento que restou demonstrada a necessidade de maior controle sobre todos os poderes públicos, aliado ainda, ao acréscimo das matérias tratadas pela carta magna, sobretudo com o advento do Estado Social, tornando-a verdadeira norma fundamental da estrutura do Estado e das relações sociais[156]/[157].

No cenário do pós-positivismo, os princípios constitucionais também recebem uma nova carga de significação, produzindo diretamente efeitos jurídicos[158]. O que, traduz-se por uma aplicabilidade direta desses princípios, com força para impor o seu cumprimento, sob pena de incorrer-se em inconstitucionalidade, com todas as suas consequências.

Tais princípios que podem ser extraídos diretamente do texto legal, ou captado de todo o sistema de normas, agem por vezes como fonte normativa, interpretativa e integrativa do conjunto normativo, com foco na consecução de uma harmonia na aplicação do direito[159].

Está criado o cenário para a constitucionalização do direito, também chamada de neoconstitucionalismo, no qual as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz da Constituição[160].

O neoconstitucionalismo está tão vinculado ao pós-positivismo que com ele chega a se confundir, vez que têm em comum a busca pela reaproximação entre o Direito e a moral[161].

---

constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 61.

155 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 62, 63.

156 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 62, 63.

157 BARROSO. Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. p. 6, 7.

158 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 64.

159 DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública & políticas de meio ambiente**. Curitiba: Juruá editora, 2014. p. 35, 36.

160 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 65.

161 DEZAN, Sandro Lúcio. O que é o neojusnaturalismo? um olhar pela óptica da administração pública

O ponto central da constitucionalização do direito encontra-se exatamente em uma releitura do papel dos direitos fundamentais, que, para além de sua esfera de proteção subjetiva, previamente consagrada, passam a englobar uma esfera de proteção objetiva, na qual suas finalidades e valores devem interessar e proteger toda a sociedade, o que faz estremecer toda as áreas do direito quando confrontadas com os direitos fundamentais constitucionais[162].

3.1.2.1 A Centralidade da Constituição de 1988: A Transformação do Sistema Jurídico Brasileiro e a Integração dos Princípios Constitucionais

Com o advento da Constituição brasileira de 1988, os principais ramos do direito tiveram normas inseridas no seu texto, fazendo com que as fontes desses ramos fossem constitucionalizadas[163].

Assim, com a assunção pela Constituição de posição central de todo o sistema jurídico pátrio, ocorrido paulatinamente, mas com início com a sua promulgação, ela passa a exercer, para além de uma supremacia formal, uma supremacia também material, destronando, entre nós, o Código Civil, afetado paralelamente pela "descodificação" desse ramo do direito[164].

Doravante, todo o direito infraconstitucional deverá ser interpretado conforme as normas e fins constitucionais, e os poderes executivo e legislativos serão levados a agir, ou a não agir, conforme esses ditames constitucionais, ao passo que caberá ao poder judiciário o papel de checagem das normas sob essa nova ordem[165].

Impende observarmos que o fenômeno ora vivido não subentende uma anulação dos diversos ramos do Direito brasileiro, sob a justificativa do olhar direto constitucional. Afinal, os diversos ramos do Direito possuem histórias próprias, elementos construídos ao longo de anos de aplicação e interpretação à luz da realidade social. O que deve se ter em mente é que, mesmo aqueles ramos que possuem poucas normas positivadas

---

contemporânea. **Revista de Direitos Fundam. Democ.**, v. 25, n. 1, p. 81-109, jan./abr. 2020. p. 88.

162 BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Florêncio de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 35.

163 BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Florêncio de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41.

164 BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Florêncio de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 42.

165 BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Florêncio de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 43, 44.

no texto constitucional deverão espelhar o seu atuar nos princípios e orientações constitucionais, sem, contudo, renunciarem a sua identidade.

3.1.2.2 A Transformação do Direito Administrativo Brasileiro: A Influência da Constitucionalização e a Centralidade dos Princípios Constitucionais

Com a constitucionalização do direito, todos os seus ramos deverão ser vistos à luz da Constituição, o que inclui o Direito Administrativo.

A Constituição brasileira de 1988 dedicou todo o capítulo VII à Administração Pública, inclusive fixando seus princípios. Com essa medida, consagra-se a juridicidade administrativa[166].

A expansão da normatividade para a Administração Pública permite-lhe atuar em busca da concretização do ato administrativo que melhor assegure o interesse público e prestigie a segurança jurídica[167].

Essa denominada autotutela declarativa da normatividade por parte da Administração não decorre, portanto, da lei estrita, senão, é fruto das transformações ocorridas no campo da juridicidade[168].

Dessa forma, aliados à lei positivada, os princípios normativos extraídos da constituição e de todo o sistema jurídico que lhe orienta permitirão a Administração Pública atuar de uma maneira muito mais precisa e eficiente na busca dos fins do Estado, agigantando o seu papel, de mera executora para concretizadora dos valores constitucionais.

Como efeito dessa juridicidade, a discussão sobre atos administrativos vinculados e discricionários resta-se esvaziada, pois, doravante passar-se-á a aferir a maior ou menor vinculação de tais atos à juridicidade, em virtude da incidência direta sobre esses atos dos princípios constitucionais[169].

Ao abrigo e ao compromisso com a Constituição, a Administração Pública deve buscar, por meio de seus atos a proteção dos direitos fundamentais do cidadão, com foco maior na dignidade da pessoa humana[170].

---

166 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 70.

167 DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública & políticas de meio ambiente**. Curitiba: Juruá editora, 2014. p. 36.

168 OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública:** o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: edições Almedina, 2011. p. 702.

169 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 71.

170 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e

Ponto principal para a constitucionalização do direito administrativo brasileiro foi, então, a irradiação dos princípios constitucionais, gerais e específicos sobre esse ramo do direito, cujo foco na dignidade da pessoa humana e na realização dos direitos fundamentais alterou profundamente o epicentro das relações desta com os administrados, alterando institutos como a supremacia do interesse público e o controle judicial do mérito do ato administrativo[171].

Não resta dúvida, nesse cenário, de que há uma mudança de subsunção do atuar da Administração Pública, passando do princípio da legalidade administrativa para o princípio da juridicidade[172].

3.2 O declínio do princípio da legalidade

A transição do Estado Social de Direito para o Estado Democrático de Direito, porém, não se dá de forma linear e pacífica, sem sobressaltos, vez que as forças em conflito no seio social digladiam-se, ora para manter, ora para conquistar novos terrenos.

À guisa de introdução da juridicidade na seara outrora ocupada totalmente pela legalidade, insta apresentar, por hora em breves linhas em que consiste o princípio da juridicidade.

O administrativista Sandro Dezan afirma que a Administração Pública hodierna para a consecução dos seus fins deve atuar em conformidade com a lei e o Direito[173]/[174].

Scapin, compartilha de mesmo entendimento, ao afirmar que sob o manto da legalidade todo o agir da administração estava vinculado à lei, sob o comando da juridicidade a atuação administrativa reporta-se não só à lei, mas à lei e ao Direito[175].

---

constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 73.

171 BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Florêncio de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 49-51.

172 BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Florêncio de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 50.

173 DEZAN, Sandro Lúcio. A Constitucionalização do direito administrativo para um modelo de administração pública democrática**. Revista de Direitos Fundam. Democr.**, v. 28, n. 1, p. 129-148, jan./abr. 2023. p. 138.

174 DEZAN, Sandro Lúcio. O Direito Administrativo Disciplinar e a processualidade ampla no Estado Constitucional de Direito. **Revista Jurídica Cesumar** – Mestrado, v. 24, n 1, e9977, p. 9-27, jan./abr. 2024. p. 23.

175 SCAPIN. Romano. Do princípio da legalidade ao da juridicidade administrativa*:* A apreciação de constitucionalidade pela administração pública. **Revista da ESDM**, Porto Alegre, v. 5, n. 9, p. 79-103, 2019. p. 85.

Diante do caminho trilhado pelo princípio da legalidade, imperioso o conhecimento dos fatores que, paulatinamente, minaram sua supremacia, a ponto de ouvir-se o alardear de uma crise da legalidade, embora esse termo não seja abraçado por parte da doutrina, que prefere falar em evolução[176].

Trata-se de uma mudança de cunho planetário, tendo como possíveis origens, o aumento substancial do número de leis, a utilização da letra da lei para o cometimento de injustiças em um momento que o foco estava mais na forma que no conteúdo, um decréscimo do atuar do poder legislativo frente a um acréscimo do papel do poder executivo como controlador daquele, a constitucionalização do direito e o surgimento cada vez mais frequentes de outras fontes normativas a par da lei estrita, com força regulamentadora geral ou setorial[177].

No Estado Democrático de Direito, duas consequências principais vieram à tona, a fim de alterarem substancialmente a face do princípio da legalidade, trata-se da inserção da face material à legalidade, em adição à face formal, herdada do Estado Social de Direito, bem como de um chamamento à participação do cidadão nos rumos e controle da administração[178].

Em virtude das mudanças de papel pelas quais passou a lei, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, o princípio, antes defendido como pilar do agir da administração pública, vai assistir ao surgimento de novas vias de atuação administrativa que não necessariamente aguardam pelo comando legal.

O Estado mudou em sua relação com o cidadão, as relações sociais tornaram-se mais complexas, o cenário mundial de convívio entre os países, entre as empresas nacionais e transnacionais, o maior e mais rápido acesso dos cidadãos à informação, passaram a exigir respostas rápidas, incompatíveis com a morosidade dos processos legislativos ordinários.

No mundo em ebulição, soluções jurídicas foram sendo buscadas cada vez mais à margem do engessamento legal. Como exemplos, surgem normas administrativas a resolver problemas emergentes, as agências reguladoras se tornam uma realidade, com

---

176 DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Da Constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Atualidades Jurídicas: **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 1-19, jan./jun., 2012. p. 16.

177 BINENBOJM. Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 13, p. 1-44, mar./maio 2008. p. 37.

178 DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Da Constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Atualidades Jurídicas: **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 1-19, jan./jun., 2012. p.4.

normas próprias a impactarem grande parcela da sociedade e do setor privado. A lei perdeu a corrida do tempo.

Ao se buscar uma origem para a crise da lei, esbarra-se no questionamento aos responsáveis pela edição dessas leis, pois, os parlamentos, mundo à fora enfrentam uma onda de críticas aos seus métodos e escolhas, muitos acobertados por sigilos e acordos não conhecidos pela sociedade que os nomeou[179].

Por outro lado, a própria lei, ao longo do tempo foi perdendo seu brilho de orientadora da vida pública e privada[180].

Nas palavras de Lopes ao comentar realidade de outrora na qual a lei era capaz de regular qualquer assunto relevante: "Sinto-lhes informar, mas esse modelo sucumbiu. Primeiro por não conseguir atender às demandas originárias do modelo do Estado liberal, e, com maior razão, num segundo momento, revelou-se inábil face aos anseios do Estado Social."[181].

Com o aumento das áreas e funções que o Estado social teve que desempenhar, assistiu-se a um crescimento desmedido do número de leis a tratar de assuntos das mais diversas naturezas, como consequência, surgiram leis cada vez mais imperfeitas e sem condições de resolver os problemas surgidos no seio social, levando a um desconhecimento cada vez maior do arcabouço jurídico e descrédito nas normas[182].

Os requisitos básicos das leis, generalidade e abstração, aliados à vinculação a uma norma superior, provaram-se incapazes de proporcionar a justiça e a liberdade aos cidadãos, retirando-lhe a aura de perfeição[183].

Diante da desconfiança gerada à lei, sobretudo na segunda metade do século XX, emerge o constitucionalismo como norma jurídica capaz de espraiar sua influência por todo o sistema normativo, impulsionado pelo surgimento de tribunais e formas de controle da constitucionalidade dessas leis[184].

---

179 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 131.

180 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 131.

181 LOPES, Alexandre dos Santos. **Dever de fundamentação das decisões administrativas:** por uma função atípica e julgadora da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 111.

182 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.134.

183 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.135.

184 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p.136.

Paralelamente à ascensão constitucional, a dinâmica social obrigou à adoção de inúmeros atos normativos diferentes da lei para regular situações, chancelados pela própria constituição ao instituir instrumentos como medidas provisórias, leis delegadas, regulamentos autônomos que passam a ocupar o vazio legal, em nome sobretudo da técnica, da celeridade e da eficiência[185].

Finalmente, o declínio da legalidade também é obra do aumento do prestígio do poder executivo que, quando não possui atribuições legislativas, utiliza-se de inúmeros artifícios para fazer prevalecer sua vontade no parlamento, a exemplo da constituição de fortes bases parlamentares[186].

Nesse contexto, a Administração Pública teve, paulatinamente, as suas funções alargadas, e, nas palavras de Paulo Otero: "a ideia de que a Administração Pública é serva da lei, limitando-se a aplicar mecanicamente a juridicidade heterovinculativa da sua actuação, é hoje um mito desesperadamente ultrapassado."[187].

Num cenário em que a lei é substituída pela constituição no topo do ordenamento jurídico, assiste-se a uma constitucionalização dos diversos ramos do direito, com ênfase para o direito administrativo, levando o administrador público a se transmutar de um aplicador da lei a aplicador da constituição[188].

Arremata-se que todas essas mudanças não podem ocorrer ao arrepio da lei e sem outra amarra jurídica que lhes dê estabilidade, daí que a constitucionalização do direito administrativo emerge como resposta eficaz[189].

A essa busca do direito administrativo pelas fontes constitucionais expressas e implícitas nomeia-se como um salto do princípio da legalidade ao princípio da juridicidade, com as consequências do atuar administrativo continuar a submeter-se à lei, desde que essa seja constitucional, mas também podendo fundar os seus atos diretamente na Constituição, e até contrariamente à lei caso seja essa a receita apontada pelos princípios constitucionais em ponderação[190].

---

185 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 138,139.

186 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 140.

187 OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública:** o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: edições Almedina, 2011. p. 700.

188 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 137.

189 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 36,37.

190 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 37, 38.

3.3 Legalidade x juridicidade administrativa: a tensão

Há autores para os quais a atuação da Administração pública a envolver os princípios da legalidade e da juridicidade se dá por meio de uma harmonia, vez que não há o afastamento do princípio da legalidade, mas uma ampliação do seu agir, tendo em consonância a lei e o Direito[191].

O autor Sando Dezan, em obra posterior àquela que apresentou o pensamento acima, apresenta a relação tensionada entre os princípios, ao escrever que em um sociocultural valorativo axiomático, de necessária atuação jurídico-decisional, no qual não se admite um agir apenas conforme o direito-texto, **é** "imprescindível reconhecer a nítida tensão formal entre juridicidade (no agir baliza[zado] pela ordem jurídica escrita ao fundamento de valores axiomáticos socioculturais) e legalidade (levando em consideração somente a lei escrita)"[192].

Segue o mesmo autor a considerar que na Administração pública **pós-positivista, em linha com o neoconstitucionalismo e, portanto,** submetida ao princípio da juridicidade deve-se considerar um enfraquecimento da lei e um fortalecimento dos valores[193].

Arremata Dezan que com a necessária atuação dos processos administrativos conforme a lei e o Direito, nos termos do artigo 2º, parágrafo único, I, da Lei 9.784/99, houve uma libertação desses processos, cenário a partir do qual deixam o confinamento meramente formal para dotarem-se de substância, nos mesmos moldes do processo jurisdicional[194].

Preocupação apontada por Otero, no sentido de que, caso não houvesse uma norma no ordenamento jurídico-positivo redefinindo o papel da Administração Pública ante a normatividade reguladora de seus atos a vinculação da Administração à juridicidade revelar-se-ia imperfeita[195], foi, então, para a realidade brasileira, suprida com a edição da Lei nº 9.784/99 citada alhures.

---

191 DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública & políticas de meio ambiente**. Curitiba: Juruá editora, 2014. p. 43.

192 DEZAN, Sandro Lúcio. **Fenomenologia e hermenêutica do direito administrativo:** Para uma teoria da decisão administrativa. Porto: Juruá Editorial, 2018. p. 22.

193 DEZAN, Sandro Lúcio. A Constitucionalização do direito administrativo para um modelo de administração pública democrática**. Revista de Direitos Fundam. Democr.**, v. 28, n. 1, p. 129-148, jan./abr. 2023. p. 139, 140.

194 DEZAN, Sandro Lúcio. O Direito Administrativo Disciplinar e a processualidade ampla no Estado Constitucional de Direito. **Revista Jurídica Cesumar** – Mestrado, v. 24, n 1, e9977, p. 9-27, jan./abr. 2024. p. 22.

195 OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública:** o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: edições Almedina, 2011. p.715.

Como consequência, estará conferida a permissão, por exemplo, para uma submissão administrativa **à força normativa dos princípios explícitos e implícitos** de todo o ordenamento jurídico para a fundamentação de suas decisões[196].

Para outros autores, todavia, existe de fato uma tensão entre os princípios da legalidade e da juridicidade administrativas. Tensão esta que se aflora agora, quando os atos administrativos não mais podem existir alijados do modo de ser do Estado, devendo, portanto, partir de uma Administração Pública democrática, imbuída da missão de concretizar direitos fundamentais, em linha com o Estado garantidor da dignidade humana.

Nessa linha, Cristóvam e Catarino afirmam que a constitucionalização do Direito Administrativo opera uma substituição da normatividade da lei pela normatividade da Constituição, o que vem a demonstrar uma quebra da onipotência da lei para a Administração, e concluem dizendo que com a crise do modelo da estrita legalidade administrativa estatui-se um novo padrão para o ato administrativo, qual seja, a juridicidade administrativa[197].

Para Silva, o princípio da legalidade, em seu início, tinha uma função negativa da atividade da Administração, alterando-se com o princípio da juridicidade a uma função positiva de fundamento da ação administrativa, qual seja, para uma administração prestadora[198].

Gustavo Binenbomj, embora fale em harmonia, ao tratar do enfraquecimento da lei formal aponta para a necessidade de superação do paradigma da legalidade administrativa e substituição da lei pela Constituição, como ponto central da vinculação da Administração à juridicidade[199].

Sob o enfoque da superação da legalidade estrita, Dezan aclara a questão ao arrematar que com relação à atuação hodierna da Administração Pública, "a lei é o seu ponto de partida, e o Direito, como ciência, a sua fronteira intransponível."[200].

---

196 DEZAN, Sandro Lúcio. O Direito Administrativo Disciplinar e a processualidade ampla no Estado Constitucional de Direito. **Revista Jurídica Cesumar** – Mestrado, v. 24, n 1, e9977, p. 9-27, jan./abr. 2024. p. 23.

197 CRISTÓVAN, José Sérgio da Silva, CATARINO, João Ricardo. A constitucionalização do direito administrativo e a juridicidade administrativa: um estudo sobre o caso Brasileiro e Português. **Revista Jurídica Portucalense**, Porto, v. 2, n. 17, p. 76-108, 2015. p. 94, 103.

198 SILVA, Henrique Dias da. Do princípio da legalidade ao princípio da juridicidade. **JURISMAT**, Portimão, n. 6, p. 169-186, 2015. p. 183, 184.

199 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 36.

200 DEZAN, Sandro Lúcio. O Direito Administrativo Disciplinar e a processualidade ampla no Estado Constitucional de Direito. **Revista Jurídica Cesumar** – Mestrado, v. 24, n 1, e9977, p. 9-27, jan./abr. 2024. p. 23.

Ao defender uma posição pró legalidade, Rafael Sathelr assevera que: "Não se compreende correta, portanto, a ideia de que o princípio [da legalidade] se encontraria de alguma forma em crise ou decadência, visto que o seu processo de evolução histórica é no sentido de fortalecer – e não enfraquecer – a vinculação da administração à lei[201].

Costa assevera que no Estado Constitucional de Direito é inconcebível a prática de atos que, mesmo prescritos em lei, diante do caso concreto se manifestem contrários à moralidade ou à razoabilidade e, nessa linha a juridicidade proporciona uma ampliação do controle e alcance do ato administrativo[202].

Por fim, Maria Silvia Zanella di Pietro, autora que inspirou Rafael Sathler, assevera que é lamentável falar-se me crise da legalidade, uma vez que tal princípio encontra-se em evolução[203].

Esta pesquisa, portanto, está alinhada ao entendimento de que há uma tensão entre o princípio da legalidade e o princípio da juridicidade, vez que o primeiro, reinante absoluto desde o advento do Estado Liberal, necessita, no atual Estado Democrático e Constitucional de Direito, ceder espaço ao princípio da juridicidade, o que não se dá sem resistência, como comum ocorrer com todo sistema pré-constituído por ocasião do seu questionamento.

Se torna nítido, pela citação dos diversos autores acima, um misto de apoio a uma harmonia da legalidade com a juridicidade, ladeado pela ideia de superação da legalidade, a demonstrar uma verdadeira tensão entre os princípios.

Com o advento do pós-positivismo, aliado à crise da legalidade formal, a vinculação da Administração Pública unicamente à lei restou prejudicada, levando-a a uma submissão à lei e ao direito, incluindo princípios e normas e, nesse cenário, avulta-se o papel da constituição, dotada que é desde sua origem de princípios e regras[204].

---

201 MIRANDA. Rafael Sathler Gomes. A evolução histórica do princípio da legalidade e a extensão de seu sentido no atual contexto do direito administrativo. **Revista do CAAP**, UFMG, Belo Horizonte, n. 1-2, v. 27, p. 1-13, 2022. p. 13.

202 COSTA, Bruno Leonardo Mantuano. **Sanções disciplinares militares do Distrito Federal judicializadas:** Um estudo empírico sobre o controle jurisdicional deferente do mérito administrativo. 2023. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, 2023.

203 DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Da Constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Atualidades Jurídicas: **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 1-19, jan./jun., 2012.

204 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 147.

Fenômeno contemporâneo aos acima descritos, a constitucionalização do direito administrativo arrasta-o para um viés democrático e de realização dos direitos fundamentais, com foco na dignidade humana.

Questão a se resolver, a posição da legalidade nesse novo cenário em que o direito administrativo vai buscar seu fundamento de validade na Constituição. A legalidade administrativa sofrerá então uma mutação, por meio da qual a Administração se submeterá aos princípios e regras constitucionais, antes mesmo de submeter à lei[205].

Doravante, os atos administrativos continuarão a ser realizados em conformidade com a lei, que, a despeito de ter perdido sua posição central, continua a ocupar espaço no cenário jurídico, porém, tais atos podem mirar diretamente a Constituição, sem encontrar barreira na lei e, buscando uma aplicação ótima da constituição, esses atos podem, mirando no direito e princípios constitucionais, até contrariar a lei[206].

Esse alargamento da submissão da Administração Pública, superando a legalidade estrita e indo ao encontro de outras fontes limitadoras, sobretudo os princípios e normas constitucionais, recebe da doutrina então o nome de juridicidade administrativa[207].

No caso brasileiro, diferente de países como a Alemanha, Portugal e Espanha, entre outros, o princípio da juridicidade administrativa não se encontra inscrito no texto constitucional. Porém, na lei que rege o processo administrativo, lei nº 9.784/99, em seu artigo 2º, parágrafo único e inciso primeiro, ao estatuir que em tais processos a Administração Pública deverá agir conforme a lei e o Direito[208].

A juridicidade administrativa não nega a legalidade administrativa, todavia, insere a Administração Pública no modo de agir compatível com o atual Estado Democrático e Constitucional de Direito, orientando-a a bem desempenhar sua função atípica por meio do ato de externar o direito nas situações fáticas[209].

---

205 DEZAN, Sandro Lúcio. A Constitucionalização do direito administrativo para um modelo de administração pública democrática**. Revista de Direitos Fundam. Democr.**, v. 28, n. 1, p. 129-148, jan./abr. 2023. p. 138.

206 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 148.

207 FILIPIN, Vinícius. **O princípio da juridicidade no controle da administração pública do estado democrático de direito**. Dissertação (Mestrado) – Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, 2018. p. 119.

208 BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 27 fevereiro 2024.

209 DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 103.

No pós-positivismo, sob o neoconstitucionalismo, a legalidade reveste-se de característica de ponto inicial na busca pela aplicação do Direito ao caso concreto, busca essa que se aperfeiçoará com a juridicidade, dotada de maior alcance por contar, para além do texto legal escrito, com normas positivadas e não positivadas, da Constituição e de todo o arcabouço jurídico[210].

Essa ampliação no atuar da Administração Pública, passando de uma cega obediência ao texto escrito da lei, sem adentrar no seu mérito, genericamente falando, para a adoção de um olhar no que diz o Direito e todo o arcabouço jurídico, com foco na Constituição com seus princípios, regras e valores, recebe assim, como balizas os contornos da realidade social, dotando a Administração de um engajamento em busca da concretização dos direitos fundamentais no Estado social e democrático de direito[211].

Nesse cenário, o direito necessariamente deve ser visto sob uma nova ótica, qual seja, extrapola os contornos da norma para ser entendido como um domínio da realidade, apreendido das relações humanas, para além do direito posto pelo Estado[212].

Se a juridicidade administrativa não nega a legalidade administrativa e, a *contrario sensu*, com essa coexiste no contexto do pós-positivismo, onde residiria a tensão entre legalidade e juridicidade?

A tensão entre legalidade e juridicidade reside exatamente no momento de transição entre o positivismo e o pós-positivismo, no qual a primeira corrente, arraigada nos países desde o advento do Estado Liberal e, como representante de um dos poderes instituídos, a saber o poder legislativo, denota o embate de forças sociais em busca da manutenção ou da conquista de espaço no cenário jurídico.

Podemos apontar como um efeito de embate o chamado risco da Administração Pública, que, nas palavras de Rodrigo Valgas "**é toda incerteza que pode afetar a atividade administrativa tendo** por consequências impactos negativos ou positivos nos objetivos por ela pretendidos."[213].

---

210 DEZAN, Sandro Lúcio. O que é o neojusnaturalismo? um olhar pela óptica da administração pública contemporânea. **Revista de Direitos Fundam. Democ.**, v. 25, n. 1, p. 81-109, jan./abr. 2020. p. 90.

211 CHICOSKI, Davi. A legalidade administrativa e a crise do positivismo jurídico. **Revista Digital de Direito Administrativo.** Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo. v. 3, n.1, p. 254-283, 2016. p. 274, 275.

212 GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 29, 30.

213 SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo:** risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 357.

Segundo o autor, esse Risco da Administração Pública apresenta no Brasil um viés negativo sob o nome de risco da responsabilização dos agentes públicos, que pode ser definido como uma incerteza que acomete o administrador público diante da possível responsabilização por seus atos decisórios[214].

Diante do propalado risco, o administrador público passa então a não mais decidir em busca de satisfazer o interesse público, mas, e principalmente buscando a sua própria proteção. E esse risco decorre da possibilidade sentida pelo administrador, do controle externo disfuncional, que, independentemente da orientação adotada ao decidir, estará sujeito a uma punição[215].

Os motivos do medo, sob uma Administração balizada no princípio da legalidade seriam a edição de normas administrativas muito abertas, o acréscimo descomunal no número de leis, levando cada vez mais a uma impossibilidade de conhecimento de todas as normas atinentes à sua atuação e por fim, o pouco prestígio das decisões administrativas diante dos órgãos de controle externo[216].

Essa cultura do medo de decisões de controle disfuncionais, que leva à prática de atos também disfuncionais **é um dos resultados do atestado de incapacidade que a legalidade administrativa demonstra de orientar** e prestar o suporte ao administrador público no desempenho do suas atribuições corriqueiras no atual momento de relações sociais complexas.

Daí que o princípio da juridicidade administrativa carece de ser conhecido em seus contornos e alçado ao centro como ferramenta apta a garantir o retorno das decisões administrativas à segurança jurídica, mediante a justificação das condutas e fornecimento aos órgãos de controle externo de parâmetros de análise das decisões, evitando assim, ou ao menos reduzindo o estado e incertezas e a produção de decisões punitivas desfuncionais.

Esse apenas o primeiro ponto, afeto aos atores do cenário jurídico. Por outro viés, o papel de outrora da Administração Pública, de exemplar executora da lei, no momento de tensão, cede diante do papel da atual Administração Pública de concretizadora dos direitos fundamentais, para o que se socorrerá das regras e princípios constitucionais,

---

214 SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo:** risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 359.

215 SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo:** risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 367-369.

216 SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo:** risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. p. 369.

numa verdadeira troca de função, passando de uma ação limitadora a uma ação positiva em prol do administrado[217].

Segue a tensão, quando a Administração Pública se depara com uma omissão legal e, não podendo quedar-se inerte, lança olhos sobre a Constituição em busca da resposta ao caso concreto[218].

Acirra-se de vez a tensão quando a Administração Pública, ao deparar-se com uma lei que, em cotejo com os contornos constitucionais se mostra incompatível, portanto, inconstitucional, reveste-se de proatividade e, ao amparo do princípio da juridicidade, atua *contra legem* e aplica diretamente a Constituição ao caso concreto[219].

A alardeada tensão legalidade x juridicidade constata-se também na análise do mérito do ato administrativo discricionário, outrora imune ao controle pelo Poder Judiciário, ora, sob o princípio da juridicidade onde os atos devem ser fundamentados, não há mais espaço para essa reserva, ampliando-se o controle judicial, vez que, ao atuar segundo a lei e o Direito, a Administração obriga-se a fundamentar exaustivamente seus atos[220].

Acerca da fundamentação do ato administrativo, convém apresentar o posicionamento de Alexandre Lopes, para quem "o dever de fundamentação afasta o poder público da concepção enraizada na cena brasileira de que as decisões na esfera administrativa seriam meras manifestações de autoridade e poder[221].

O autor aprofunda o debate sobre o dever de fundamentação das decisões administrativas ao apontá-la como uma garantia própria do Estado Democrático Constitucional, legitimador, nesse cenário, dessas decisões[222].

---

217 DEZAN, Sandro Lúcio. A Constitucionalização do direito administrativo para um modelo de administração pública democrática**. Revista de Direitos Fundam. Democr.**, v. 28, n. 1, p. 129-148, jan./abr. 2023. p. 138.

218 DEZAN, Sandro Lúcio. A Constitucionalização do direito administrativo para um modelo de administração pública democrática**. Revista de Direitos Fundam. Democr.**, v. 28, n. 1, p. 129-148, jan./abr. 2023. p. 139.

219 DEZAN, Sandro Lúcio. A Constitucionalização do direito administrativo para um modelo de administração pública democrática**. Revista de Direitos Fundam. Democr.**, v. 28, n. 1, p. 129-148, jan./abr. 2023. p. 139.

220 DEZAN, Sandro Lúcio. A Constitucionalização do direito administrativo para um modelo de administração pública democrática**. Revista de Direitos Fundam. Democr.**, v. 28, n. 1, p. 129-148, jan./abr. 2023. p. 140.

221 LOPES, Alexandre dos Santos. **Dever de fundamentação das decisões administrativas:** por uma função atípica e julgadora da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 81.

222 LOPES, Alexandre dos Santos. **Dever de fundamentação das decisões administrativas:** por uma função atípica e julgadora da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2024. p. 81, 82.

Por fim, uma vez que o Estado Constitucional de Direito zela pelo cumprimento dos princípios democráticos, em especial do princípio da dignidade da pessoa humana, a Administração Pública desse tempo deve dar novo significado ao princípio da supremacia do interesse público, e, para tanto a coletividade deve ser convidada a uma participação cada vez maior na construção das políticas públicas, num movimento que se distancia definitivamente de uma mera aplicação rígida da lei[223].

Outro princípio de vital importância no Estado Democrático e Constitucional de Direito e apenas realizável nesse terreno, e que representa um outro ponto de tensão entre a legalidade estrita e a juridicidade, é o princípio da segurança jurídica.

No âmbito do pós-positivismo, o princípio da segurança jurídica, somente se efetiva com a adoção de um processo democrático, alinhado com os objetivos do próprio Estado, e não apenas formalizador e justificador de condutas estatais às vezes arbitrárias e até impeditivas do exercício da cidadania[224].

Tal como os diversos ramos do direito material, com o advento do neoconstitucionalismo o processo migrou para a Constituição, vez que se consolidou como mais um dos direitos fundamentais do cidadão, em contraposição a um mero instrumento de exteriorização do poder estatal de outrora[225].

O processo democrático constitucional visa, então, à concretização do acesso dos cidadãos à jurisdição e, para além, o alcance da efetiva solução dos conflitos individuais e sociais, nos contornos democráticos de busca pela justiça[226].

Outro não foi o caminho trilhado pelo processo administrativo, o qual, uma vez iluminado pelos raios democráticos, ascendeu à Constituição como instrumento realizador dos fins democráticos da Administração, e para tanto, se vale dos princípios da responsabilidade e da moralidade administrativa, na busca pela juridicidade administrativa justa[227].

---

223 DEZAN, Sandro Lúcio. A Constitucionalização do direito administrativo para um modelo de administração pública democrática**. Revista de Direitos Fundam. Democr.**, v. 28, n. 1, p. 129-148, jan./abr. 2023. p. 140.

224 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 189-222, jul./set. 1997. p. 191.

225 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 189-222, jul./set. 1997. p. 192.

226 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 189-222, jul./set. 1997. p. 193.

227 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 189-222, jul./set. 1997. p. 195.

O processo administrativo brasileiro, mais bem representado com a edição da Lei nº. 9.784/1999, aliançado ao Estado Democrático de Direito, tem como funções primordiais a efetivação de um maior controle da atividade administrativa e uma maior participação popular na construção do ato administrativo[228].

Com o fito, então de realizar a justiça pelo direito, o processo administrativo, sobretudo aquele do qual poderá advir alguma sanção aos administrados, revestido do *status* de processo de Estado, tem entre seus objetivos impedir os chamados arbítrios estatais e, para tanto advoga-se a não aplicação indiscriminada do princípio da instrumentalidade das formas, sob o risco de ofensa ao direito dos administrados ao devido processo legal, corolário do Estado Democrático de Direito[229].

Ambientada neste Estado Constitucional de Direito e de posse do dever-poder de conduzir o processo administrativo democrático, a Administração transmuta-se em uma "Administração Pública Juridicizada, permeada pelas noções de ordenamento jurídico, de sistema jurídico, de normas-princípio, de normas-regras, assim como, de valores neles contidos e fundamentais-informativos"[230], ou seja, estamos diante de uma Administração Pública capaz e responsável por concretizar direitos fundamentais.

Impossível, portanto, não falar em tensão entre a legalidade e a juridicidade em um cenário permeado pela busca de valorização dos direitos fundamentais, em linha com a materialização da dignidade da pessoa humana.

O recado que se pretende passar é que não estamos diante do descobrimento de mais um instituto jurídico, de aplicação facultativa ao talante do administrador público.

O presente e o futuro reclamam uma quebra de vínculo de submissão da Administração Pública com o princípio da legalidade que, ora destronado, passará a ser mais um elemento jurídico, "aliado" na batalha por efetivação da juridicidade administrativa.

Caso não seja essa a posição adotada, continuaremos a assistir nas decisões públicas a negação de direitos fundamentais e a violação da ordem constitucional, sob a justificativa da obediência à legalidade. E isso não pode mais ocorrer, pois, os tempos são outros.

---

228 MELLO, Rafael Munhoz de. Processo administrativo, devido processo legal e a lei nº 9.784/99. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 83-104, jan./mar. 2002. p. 83,85.

229 DEZAN, Sandro Lúcio. CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A juridicidade administrativa contrária a direitos fundamentais no processo administrativo sancionador*:* uma relativização inconstitucional do princípio da legalidade. **Revista da AGU**, Brasília, v. 15, n. 03, p. 245-268, jul./set. 2016. p. 247-250.

230 DEZAN, Sandro Lúcio. O Direito Administrativo Disciplinar e a processualidade ampla no Estado Constitucional de Direito. **Revista Jurídica Cesumar** – Mestrado, v. 24, n 1, e9977, p. 9-27, jan./abr. 2024. p. 24.

4 O conteúdo jurídico do princípio da juridicidade administrativa

Uma vez descortinada a história que levou ao enfraquecimento do princípio da legalidade administrativa, torna-se premente o conhecimento mais aprofundado daquele princípio que lhe fará as vezes de orientador dos atos e políticas públicas.

O princípio da juridicidade administrativa é a ferramenta capaz de fazer com que a Administração Pública possa cumprir com o seu papel de concretizadora de direitos constitucionais fundamentais, daí a maior necessidade de seu estudo[231].

Tal matéria não se trata de assunto novo na seara jurídica, vez que vários países inclusive inseriram a figura do princípio da juridicidade administrativa em suas Constituições.

No caso brasileiro, tal princípio, embora não positivado na Constituição, decorre de seu sistema jurídico e, para além, foi positivado na Lei nº 9.784/1999.

À luz do exposto, para uma apresentação fundamentada do conteúdo jurídico do princípio da juridicidade administrativa, cerne desta pesquisa, far-se-á necessário abordar *(i)* o princípio da juridicidade: Fontes, destinatários e regra abstrata, *(ii)* o princípio da juridicidade administrativa: Fontes, destinatários e regra abstrata e por fim, *(iii)* o conteúdo jurídico do princípio da juridicidade administrativa.

4.1 Princípio da Juricidade: Fontes, destinatários e regra abstrata

O princípio da juridicidade pode ser entendido como parte da pedra fundamental do Estado de Direito, tendo em vista que aponta na direção de que todas as ações levadas a efeito no âmbito do Estado devem ser ordenadas em conformidade com o Direito.

[231] Para o professor Sandro Dezan, a juridicidade tem relação com valores na seguinte monta: a busca do ato ótimo implica o reconhecimento e a utilização dos valores relevantes e essenciais à luz do sistema normativo, dando azo ao princípio da juridicidade administrativa. A juridicidade administrativa, à vista desses fatores se transforma em juridicidade concretamente aplicada e empregada para a realização desses valores identificados pelo intérprete e aplicador do Direito Administrativo. (DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública & políticas de meio ambiente:** O princípio da Precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 89).

Os três poderes estatais, Legislativo, Executivo e Judiciário, devem se submeter ao ordenamento jurídico estabelecido. Tal amarra tem como objetivos principais fornecer a segurança jurídica aos signatários do pacto social, bem como dotar os cidadãos da proteção necessária contra os arbítrios estatais, garantindo-lhes a proteção dos direitos e garantias individuais.

Essa juridicidade que habita nos primórdios do Estado de Direito é parte integrante de todo negócio jurídico e precede à própria lei estrita, sendo o negócio jurídico uma maneira que os seres humanos, enquanto tais, têm de se relacionarem entre si[232].

No Estado de Direito a juridicidade atua em duas frentes, obriga tanto aos poderes estatais a atuarem nos limites da lei e do Direito, como os indivíduos, que não podem se furtar ao cumprimento das normas jurídicas estabelecidas.

4.1.1 Fontes do Princípio da Juridicidade

Conforme explicitado alhures, a juridicidade reside na própria ideia de formação do Estado de Direito, vez que esse constituiu-se, fundado em diversas teorias que tinham por fim estabelecer uma estabilidade, legitimidade do poder e respeito mútuo ao contrato[233] a ser firmado entre o Estado e os cidadãos, em contraposição à ausência de amarras do regime que se pretendia superar, qual seja, a monarquia absolutista que insistia em não reconhecer limites às suas ações para além da vontade do soberano.

O novo quadro, sobretudo nos Estados que adotam o sistema romano-germânico de regras, também conhecido como *civil law,* com seu foco na codificação das leis, apresenta a Constituição escrita como a fonte maior do princípio da juridicidade.

A efetividade do poder coercitivo da Constituição como fonte primeira do princípio da juridicidade, todavia, tem origem não muito remota, mas, na constatação de que essa norma não existe dissociada da realidade que pretende orientar, e sim na capacidade de concretização da situação real por ela regulada, sendo a Constituição uma exteriorização do ser e do dever ser[234].

---

232 GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 53.

233 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato social**.16. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 1999. p. 30*: "*Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto, senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente'. Tal é o problema fundamental cuja solução é dada pelo contrato social.*"*

234 HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 14,15.

A partir daí, outras fontes vão se somando, como as leis, a doutrina, a jurisprudência, os princípios gerais de direito, os tratados internacionais sobre direitos humanos e os costumes, todos esses, orientados pelo farol constitucional.

A necessidade de subsumir os atos estatais à atuação conforme o Direito, para além da lei estrita, encontra respaldo também na lei de introdução às normas do Direito brasileiro, Decreto-Lei nº 4.657/42, quando em seus artigos 4º e 5º fornece ao aplicador da lei alternativas à omissão legal e obriga esse aplicador a olhar para os fins do Estado, a ver se a lei em destaque está em consonância com eles[235].

Nesse contexto, é obra afeta a todo o aplicador e interpretador do Direito valer-se das leis e dos princípios no desempenho de suas funções legais, com foco no papel principiológico de integrador das normas ao interesse, público, à segurança jurídica e à concretização dos direitos e garantias fundamentais[236].

No caso específico da lei, importante destacar que desde o advento da sociedade política, que teve como um dos fins permitir a garantia dos direitos naturais, deficiente no estado de natureza, a lei revestiu-se de autoridade ao exigir de todos os membros dessa sociedade obediência aos seus ditames[237].

Com o correr dos anos e dos fatos históricos associados ao papel do Estado, a lei demonstrou-se insuficiente, por si só, de garantir a adequação dos atores sociais à nova realidade jurídica do Estado Democrático de Direito e de garantir aos cidadãos o gozo dos direitos fundamentais decorrentes do reconhecimento de sua dignidade.

À ideia de justiça presente no atual modelo estatal, associa-se, necessariamente, um Direito de igual teor, o qual, para concretizar-se se valerá dos princípios jurídicos, tal qual o princípio da juridicidade[238].

Nesse cenário, o princípio da legalidade passa a atuar em parceria com o princípio da juridicidade, ampliando-se o seu alcance, como forma de orientar a atuação estatal na direção de concretizar os direitos fundamentais[239].

---

235 BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 22 abril 2024.

236 DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública & políticas de meio ambiente**. Curitiba: Juruá editora, 2014. p. 36.

237 HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 22.

238 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 245.

239 DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública & políticas de meio ambiente**. Curitiba: Juruá editora, 2014. p. 43.

Constata-se, então que a atuação conforme a lei e o direito, como uma evolução do primado do princípio da legalidade domina o momento atual da ciência jurídica[240].

Na Constituição brasileira de 1988, o princípio da juridicidade ocorre, de forma implícita em diversos artigos. Como exemplos temos o inciso II do artigo 5º, no qual vem expressando que ninguém será obrigado a qualquer ato, senão em virtude de lei. Sendo essa uma garantia para os cidadãos.

Já o artigo 37 submete a Administração pública em todas as suas instâncias aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Encontra-se aí presentes nítidas amarras contra o arbítrio.

Com relação ao representante maior do Poder Executivo, o presidente da república, o artigo 82 da Constituição de 1988 atribui-lhe, em seu inciso IV, o poder-dever de sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, advindo de sua inércia diversos efeitos jurídicos.

No âmbito do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal-STF, detém o poder-dever de fazer observar as normas constitucionais, conforme preceitua o artigo 102, inciso III. Dessa forma o STF exerce papel de extrema relevância na efetividade do princípio da juridicidade.

Diversas outras normas constitucionais robustecem o papel do princípio da juridicidade, sendo essas aqui mencionadas apenas uma amostra de como todas as instâncias da república lhe são tributárias.

4.1.2 Destinatários do Princípio da Juridicidade

Estão obrigados pelo princípio da juridicidade todos aqueles que se abrigam à sombra do Estado constituído. Assim, tanto os entes do próprio Estado como os indivíduos.

No que tange aos três poderes, o Poder Legislativo está obrigado a elaborar as leis em conformidade com a Constituição e com as regras e princípios decorrentes do modelo estatal, sem, contudo, olvidar dos direitos e garantias individuais, emanados em sua origem da dignidade da pessoa humana.

O Poder Executivo, ao aplicar as leis, deverá pautar-se no sistema normativo, atendendo a Administração Pública, em seus atos aos ditames da lei em sentido estrito e ao Direito como um todo.

---

240 ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **Reflexiones sobre la ley y los princípios generales del derecho**. Madrid: Civitas, 1984. p. 15.

Da mesma forma o Poder Judiciário está obrigado a atender, em suas decisões à lei e ao Direito, respeitando os princípios constitucionais e todos os demais decorrentes do sistema jurídico.

Aos particulares e às instituições privadas também não remanesce outra opção, a não ser a submissão à legalidade, atentando-se para todo o Direito.

Reside na ordem primeira da submissão ao princípio da juridicidade o atendimento dos fins do Estado e, no atual momento brasileiro, os fins do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

4.1.3 Regra Abstrata do Princípio da Juridicidade

A regra abstrata do princípio da juridicidade, que pode ser entendida como sua diretriz geral[241], reside justamente no caráter de obrigar tanto o Estado quanto os indivíduos a pautarem suas ações em conformidade com o Direito, nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, como condição de validade e legitimidade dessas ações[242].

Como consequências diretas dessas diretrizes estão a limitação do poder do agir estatal, forma de proteção contra seu arbítrio, a proteção dos direitos e garantias individuais inscritos no texto constitucional e decorrente de todo o sistema jurídico e a segurança jurídica, que brinda os anuentes do contrato social com a previsibilidade de ações e consequências por ambos os lados. Seria este então o conteúdo político-ideológico[243] do princípio da juridicidade.

Essas consequências encontram-se ombreadas a uma de maior vulto, a qual remete à necessária submissão ao princípio da juridicidade, qual seja, a própria preservação do Estado de Direito, pois, ao impedir que qualquer pessoa ou poder se insurja para além dos limites do ordenamento jurídico constituído, assegura a supremacia do Direito.

Dentro das diretrizes gerais do princípio da juridicidade residem, portanto, os seus objetivos principais, os quais serão especificados para atender às particularidades dos diversos ramos do direito, porém, sempre à luz do *quantum* acima exposto.

---

241 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 28.

242 DEZAN, Sandro Lúcio. CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A juridicidade administrativa contrária a direitos fundamentais no processo administrativo sancionador*:* uma relativização inconstitucional do princípio da legalidade. **Revista da AGU**, Brasília, v. 15, n. 03, p. 245-268, jul./set. 2016. p. 237.

243 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 10.

4.2 O princípio da juridicidade administrativa: Fontes, destinatários e regra abstrata

Para os objetivos desta pesquisa, cuida-se de especificar as fontes, os destinatários e a regra abstrata do princípio aplicáveis à seara administrativa no âmbito do pós-positivismo, bem como apresentar o conteúdo jurídico do princípio, mostrando-o aplicável e auditável a sua adoção pela Administração Pública com foco na concretização de direitos fundamentais.

A Constituição brasileira de 1988, atenta ao movimento internacional de constitucionalização do Direito, introduziu em seu texto regras e princípios dos diversos ramos das ciências jurídicas, sendo que, especial atenção mereceu o Direito Administrativo.

Dessa forma, dedicou o extenso capítulo VII à Administração Pública e, de partida, no *caput* do artigo 37 aponta quais são os princípios básicos a serem obedecidos por esse ramo do Direito, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Segundo Binenbojm, no contexto das normas citadas, estaria implícito o princípio da juridicidade administrativa[244].

Em outros países, todavia, princípio da juridicidade administrativa, encontra-se positivado na constituição, a exemplo da Alemanha (Lei Fundamental da República da Alemanha, artigo 30, §3°), Espanha (Constituição Espanhola de 1978, art. 103.1) e em Portugal (Constituição Portuguesa de 1976, art. 266, item 2)[245].

Sob o império da legalidade, os atos da Administração Pública eram classificados como vinculados, quando a lei não deixava margem de decisão para o administrador além dos exatos limites por ela estipulados ou atos discricionários, quando a mesma lei não contemplava todas as possibilidades de decisão pelo administrador, deixando a esse a possibilidade de optar entre várias soluções possíveis diante da norma[246].

Ultrapassado, porém, o império da legalidade estrita sob o pós-positivismo, como efeito da consequente juridicidade, a discussão sobre atos administrativos vinculados e discricionários esvaziou-se, pois, nesse contexto, afere-se a maior ou menor vinculação

---

244 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 70.

245 DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Da Constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Atualidades Jurídicas: **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 1-19, jan./jun., 2012.

246 DI PIETRO. Maria Silvia Zanella. **Direito administrativo.** 27. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 221.

desses atos à juridicidade, em virtude da incidência direta sobre eles dos princípios constitucionais[247]/[248].

O autor Sandro Dezan ao passo que afirma que as modernas técnicas de hermenêuticas apontam que deve se compor a legalidade com a juridicidade, quando o administrador público é chamado a tomar decisões discricionárias, faz a aplicação prática desses atos discricionários no campo do Direito Ambiental com o manejo da juridicidade e o princípio da precaução, por meio da formulação de uma teoria para a fundamentação das decisões administrativas ambientais[249].

A Administração Pública ao submeter-se à lei e ao Direito não o faz sem um objetivo específico, pois, sob o manto do neoconstitucionalismo abandona de vez o papel estático de apenas cumpridora dos ditames legais, para assumir posição proativa pelos ideais democráticos. Essa defesa cristaliza-se por meio da proteção dos direitos fundamentais do cidadão, com foco maior na dignidade da pessoa humana[250].

O princípio da juridicidade administrativa funciona, então, como uma bússola a orientar a Administração Pública em todos os seus atos, possibilitando-a a dizer o direito ao caso concreto, e, com isso, levando-a ao exercício de sua função jurídica atípica[251].

A juridicidade, no entender de Scapin, é o princípio que substituiu o princípio da legalidade como orientador dos atos da Administração Pública nos sistemas alemão, espanhol, português e brasileiro, entre outros[252].

---

247 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 71.

248 Para o professor Sandro Dezan: a teoria tem evoluído para limitar essa margem de liberdade da Administração para a prática dos atos discricionários, jungindo o sopesamento de conveniência e oportunidade à correta – ou razoável e proporcional – identificação do interesse público a ser almejado à luz do caso concreto, posto que somente há de haver um único ato ótimo a realizar por completo o interesse púbico posto em jogo. A essa característica posta a orientar o intérprete e aplicador do Direito Administrativo na busca da edição do único ato adequado ao caso concreto denominamos "razoabilidade qualificada. (DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública & políticas de meio ambiente:** O princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2014. p. 58).

249 Cf. DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública & políticas de meio ambiente:** O princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2014, p. 56 a 69.

250 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 73.

251 DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 103.

252 SCAPIN. Romano. Do princípio da legalidade ao da juridicidade administrativa*:* A apreciação de constitucionalidade pela administração pública. **Revista da ESDM**, Porto Alegre, v. 5, n. 9, p. 79-103, 2019. p. 87, 88.

Para Dezan e Carmona, o princípio da juridicidade administrativa não superou o princípio da legalidade, mas surge como complemento a este rumo a uma atuação estatal célere e flexível à busca de concretizar direitos fundamentais dos administrados[253].

4.2.1 Fontes específicas do Princípio da Juridicidade Administrativa

A fonte primeira do princípio da juridicidade administrativa é a constituição. Tendo em vista que com a constitucionalização do direito as normas constitucionais impõem limite à interpretação de todos os seus ramos, a exemplo do Direito Administrativo[254].

O olhar constitucional de todas as normas jurídicas infraconstitucionais, nominada de *filtragem constitucional,* tem como foco maior não apenas a inserção de normas dos diversos ramos do direito no texto constitucional, mas e sobretudo a obrigatoriedade de realização dos valores constitucionalmente consagrados[255]/[256]/[257]. Assim é que a principal fonte do princípio da juridicidade administrativa não poderia habitar em outra sede.

O fenômeno da juridicidade administrativa, repise-se, decorre exatamente da vinculação do administrador à Constituição primeiramente para, em seguida subordinar-se à lei, em uma superação do antigo vínculo à legalidade estrita[258].

A juridicidade administrativa, traduzida na sua submissão à lei e ao Direito, não consta explicitamente na Constituição brasileira de 1988, porém, decorre do modelo

---

253 DEZAN, Sandro Lúcio. CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A juridicidade administrativa contrária a direitos fundamentais no processo administrativo sancionador*:* uma relativização inconstitucional do princípio da legalidade. **Revista da AGU**, Brasília, v. 15, n. 03, p. 245-268, jul./set. 2016. p. 237.

254 BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Florêncio de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 35.

255 BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Florêncio de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 43.

256 Para o professor Sandro Dezan, a juridicidade tem relação com valores normativos não escritos na Constituição (valores axiomáticos), na seguinte monta: a busca do ato ótimo implica o reconhecimento e a utilização dos valores relevantes e essenciais à luz do sistema normativo, dando azo ao princípio da juridicidade administrativa. A juridicidade administrativa, à vista desses fatores se transforma em juridicidade concretamente aplicada e empregada para a realização desses valores identificados pelo intérprete e aplicador do Direito Administrativo, *Cf.* DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública & políticas de meio ambiente:** O princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa. Curitiba: Juruá Editora, 2014. p. 89.

257 Ainda sobre o reconhecimento de valores normativos não escritos, oriundos da Constituição (valores axiomáticos), decorrentes do texto constitucional, *Cf.* DEZAN, Sandro Lúcio. **Fenomenologia e hermenêutica do direito administrativo:** Para uma teoria da decisão administrativa. Porto: Juruá Editorial, 2018. p. 230, 231.

258 BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Florêncio de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 50.

de Estado adotado, Democrático de Direito, bem como dos princípios constitucionais gerais e dos princípios da Administração Pública insertos em seu texto[259].

A segunda fonte do princípio da juridicidade administrativa é a lei. No caso brasileiro hodierno, a lei que rege o processo administrativo, lei nº 9.784/99, em seu artigo 2º, parágrafo único e inciso primeiro, ao estatuir que em seus processos a Administração Pública deverá agir conforme a lei e o Direito, positivou o princípio[260].

4.2.2 Destinatários do Princípio da Juridicidade Administrativa

A Administração Pública democrática é o primeiro destinatário do princípio da juridicidade, pois, assume o poder-dever de concretizar direitos fundamentais à luz da Constituição Federal na exteriorização de seus atos[261].

Os particulares, uma vez que na nova ordem constitucional são chamados a participar dos rumos da administração, como forma, inclusive de legitimação de seus atos, devem pautar sua conduta pela lei e pelo direito[262].

Essa participação popular na vida administrativa destina-se a democratizar as práticas da Administração, tendo em vista que os interessados nos atos administrativos passarão a agir pessoalmente na concretização desses atos, em substituição **à** representações políticas por meio do parlamento e da chefia do Executivo preponderantes no período da legalidade[263]/[264].

As entidades privadas, nos seus contratos com a administração e nos contratos que entabulam com os indivíduos, são responsáveis por agir nos moldes do princípio da juridicidade, uma vez que toda a sociedade está comprometida a atuar não apenas para

---

259 DI PIETRO. Maria Silvia Zanella. **Direito administrativo.** 27. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 29, 30.

260 BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 20 março 2024. Prescreve o art. 2º, parágrafo único e inciso I, da Lei nº 9.784/99: "Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:
I - Atuação conforme a lei e o Direito;".

261 DEZAN, Sandro Lúcio. A Constitucionalização do direito administrativo para um modelo de administração pública democrática**. Revista de Direitos Fundam. Democr.**, v. 28, n. 1, p. 129-148, jan./abr. 2023. p. 131.

262 Sobre Administração Pública dialógica, *Cf.* LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro**. Administração pública dialógica**. Curitiba: Juruá, 2013.

263 BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 29.

264 Sobre Administração Pública dialógica, *Cf.* LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro**. Administração pública dialógica**. Curitiba: Juruá, 2013.

atingir o fim específico de satisfação do interesse em suas relações, mas, deve orientar suas ações como forma de fortalecer o Estado Democrático de Direito[265].

4.2.3 Regra Abstrata do Princípio da Juridicidade Administrativa

A regra abstrata do princípio da juridicidade administrativa, que pode ser entendida como sua diretriz geral[266], reside, à exemplo da regra abstrata do princípio da juridicidade, no caráter de obrigar o Estado-Administração, os cidadãos e as instituições privadas a pautarem suas ações em conformidade com o Direito, nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, como condição de validade e legitimidade dessas ações[267].

Como consequências diretas dessas diretrizes estão a limitação do poder do agir da Administração Pública, forma de proteção contra seu arbítrio, a proteção dos direitos e garantias individuais inscritos no texto constitucional e decorrente de todo o sistema jurídico, a busca pelo interesse público alinhado ao Estado Democrático e Constitucional de Direito e a segurança jurídica, que brinda os anuentes do contrato social com a previsibilidade de ações e consequências por ambos os lados. Seria este então o conteúdo político-ideológico[268] do princípio da juridicidade.

Essas consequências encontram-se ombreadas a uma de maior vulto, a qual remete à necessária submissão ao princípio da juridicidade, qual seja, a própria preservação do Estado de Direito, pois, ao impedir que qualquer pessoa ou poder se insurja para além dos limites do ordenamento jurídico constituído, assegura a supremacia do Direito.

4.3 Conteúdo jurídico do princípio da juridicidade administrativa

O conteúdo jurídico ou conteúdo normativo de um princípio diz respeito àquela característica objetiva do princípio que o torna executável, aferível e validamente questionável conforme a ordem jurídica vigente.

Paralelo às diretrizes gerais ou regras abstratas, o conteúdo jurídico do princípio é o resultado das interpretações do aplicador, decisões judiciais, balizas doutrinárias

---

265 Sobre Administração Pública dialógica, *Cf.* LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro**. Administração Pública Dialógica**. Curitiba: Juruá, 2013.

266 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 28.

267 DEZAN, Sandro Lúcio. CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A juridicidade administrativa contrária a direitos fundamentais no processo administrativo sancionador*:* uma relativização inconstitucional do princípio da legalidade. **Revista da AGU**, Brasília, v. 15, n. 03, p. 245-268, jul./set. 2016. p. 237.

268 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 10.

e jurisprudenciais, os quais vão formando um corpo democraticamente aceitável de aplicação do princípio aos casos concretos.

Uma vez que os contornos do conteúdo jurídico do princípio são gestados pelos atores sociais selecionados e reconhecidos para tal fim, ele não possui uma forma estática, cristalizada no tempo. Mas, à medida que as ações, sentenças, jurisprudência e doutrina vão se conformando às necessidades dos novos tempos, o conteúdo jurídico passa a receber novos contornos e cores, identificando-o com o Direito vivo que caminha juntamente com a sociedade que o gera e o transforma.

O princípio da juridicidade administrativa contém, a par de suas regras gerais, o conteúdo jurídico composto das normas que estipulam quais as obrigações, liberdades e limites da Administração Pública na sua atuação, segundo a lei e o Direito, como concretizadora de direitos fundamentais à luz da Constituição Federal.

A Administração Pública concretizadora de direitos fundamentais ergue-se, então, mesmo no seu atuar diuturno, como mais um dos construtores do Estado Democrático e Constitucional de Direito, e tem como farol de suas decisões individuais o respeito e o assegurar da dignidade da pessoa humana.

A seguir, os principais elementos que compõem o conteúdo jurídico do princípio da juridicidade administrativa e que permitem a segura adoção desse princípio pela Administração Pública democrática, como um caminho sem volta, corolário do pós-positivismo aliado ao neoconstitucionalismo.

4.3.1 Vinculação aos princípios constitucionais

Princípios constituem-se em normas jurídicas dotados de generalidade e com alta carga de valor, possuindo, sobretudo a partir do pós-positivismo, caráter vinculante e obrigatório, por expressarem os valores básicos de garantia obrigatória no âmbito do Estado Democrático de Direito[269].

Contemporaneamente, os princípios constitucionais, dotados de normatividade, constituem-se na chave da completude do sistema de normas[270].

Com o advento do neoconstitucionalismo, no qual a constituição passou a ocupar o centro de todo o sistema jurídico e, para além de inspirá-lo, adquiriu força normativa

[269] NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 53, 54.

[270] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros editores, 1994. p. 230, 231.

capaz de obrigá-lo a respeitar seus direcionamentos, a Administração Pública se viu obrigada a imprimir seus atos no interior dos moldes constitucionais.

Em uma análise primária, estão colocados no texto constitucional os princípios específicos do Direito Administrativo, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Sob o manto da juridicidade administrativa, porém, todos os demais princípios constitucionais conformadores do Estado Democrático de Direito, bem como aqueles que apontam para os fins desse Estado, devem compor um quadro maior, no interior do qual passam a residir as decisões administrativas.

4.3.2 Respeito aos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais se constituem em parte da essência do Estado constitucional, o qual se constitui em condição de existência desses direitos[271], estando, portanto, intrinsecamente conectados.

Na lição de CASTRO, com relação aos direitos fundamentais, "O Estado não os confere: reconhece-os. A sociedade não os cria: declara-os. Isso explica a rendição original da comunidade política diante de tais direitos primazes dos seres humanos"[272].

Decorrente do respeito aos princípios constitucionais, e por representar a sua forma concretizável pelo ato administrativo, os direitos fundamentais constitucionalmente positivados, deverão ser respeitados e protegidos pela nova Administração Pública democrática, a qual assegurará que seus atos não os violem e nem mesmo os ignorem.

O administrador público, diante de duas ou mais opções de atos, privilegiará aquela que mais realiza os direitos fundamentais, mesmo que não seja esse o fim imediato de sua ação.

4.3.3 Princípio da Legalidade Administrativa

O princípio da legalidade está na base da juridicidade administrativa, vez que durante todo o período originado com o Estado Moderno, a Administração Pública foi obrigada a pautar suas ações pela legalidade estrita. E com o advento da juridicidade não há uma negação do princípio da legalidade, mas, uma superação dos seus limites para uma ótica ampliada rumo a todo o ordenamento jurídico.

---

271 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 58, 59.

272 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: Ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 177.

Aspecto relevante do princípio da legalidade é que ele não se restringe à lei *stricto sensu*, mas reflete um olhar sobre todo o complexo sistema normativo, obrigando a Administração Pública às leis estritas e permitindo a complementação com outras normas regulamentares, com uma ampliação do conceito de lei para direito positivo, visando dinamizar a atuação administrativa[273].

Constatada essa ampliação de limites, a lei continua a exercer um papel extremamente importante no ato do administrador público, o qual, deverá lançar olhos para ela em todos os momentos, mesmo que seja para superá-la ou negá-la.

4.3.4 Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade

As ações administrativas devem ser proporcionais e razoáveis, com foco no atingimento dos objetivos almejados, porém sem exageros que desbordem do melhor resultado com a aplicação de recursos mais apropriada, de forma que não prejudiquem os cidadãos.

Tais princípios atuam no controle da legalidade e da discricionariedade administrativa, possibilitando que a Administração Pública, em seu atuar, respeite os direitos fundamentais e permaneça alinhada com os objetivos do Estado.

O princípio da proporcionalidade exerce papel de extrema importância no cenário jurídico ao permitir a concretização do direito no caso concreto em situações em que existe o choque entre princípios de mesma hierarquia, levando, por meio da ponderação à harmonia do sistema[274].

O princípio da razoabilidade conduz o intérprete a valer-se do raciocínio, para além da solução lógica formal, com o fim de alcançar a solução mais razoável; o instituto da interpretação conforme, originado da lei nº 9.868/99 constitui-se em uma manifestação desse princípio[275].

A Administração Pública deve realizar a análise da razoabilidade e da proporcionalidade de seus atos, vez que tal imposi**ção decorre do texto legal**, especificamente o *caput*

---

273 DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública e políticas de meio ambiente:** O princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2014. p.38.

274 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 58.

275 JUSTEN FILHO, 2005, p. 57, 58. "Lei nº 9.868/99, artigo 28, parágrafo único: A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal."

do artigo 2º da Lei 9.784/99[276]. Essa análise visa à busca pela adequação efetiva e necessária dos comandos administrativos, com foco no interesse público[277].

A proporcionalidade e a razoabilidade devem estar contidas e exercem grande importância na expedição do ato administrativo discricionário, pois, a partir desses critérios, tais atos submetem-se ao controle judicial[278].

Esse o entendimento mais recente da doutrina, evolução daquele cujo entendimento era que os atos administrativos discricionários "encontram-se em uma esfera em que é vedada a penetração do exame do poder judiciário."[279]. Mas, naquele período, mesma doutrina já visualizava que a teoria dos atos discricionários apresentava problemas, sobretudo quanto aos seus limites e sua natureza[280]. O que certamente levou à uma necessidade de atualização para alcançar o respeito aos direitos fundamentais e aos contornos do Estado Democrático de Direito.

Sob o pós-positivismo, os princípios da razoabilidade da proporcionalidade atuam no sistema jurídico como a força normativa do princípio da justiça do direito, com vistas **à concretização da dignidade humana**[281], daí que devem ocupar posição entre os elementos de concretização do princípio da juridicidade administrativa.

A razoabilidade e proporcionalidade vinculantes do ato administrativo discricionário é aquela extraída da lei que rege o ato específico, e recebe o nome de *razoabilidade comum*[282].

4.3.5 Princípio Razoabilidade Qualificada

Atualmente, sob o manto do princípio da juridicidade administrativa o entendimento tem evoluído para apontar que, tratando-se de atos administrativos discricionários, à

---

276 Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, artigo 2º: "Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade, proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

277 DEZAN, Sandro Lúcio. Valores axiomáticos para uma justiça do direito sancionador. Uma metanorma limitadora do poder punitivo do Estado. **Direitos Fundamentais & Justiça.** Belo Horizonte, ano 15, n. 44, p. 271-286, jan./jun. 2021. p. 280.

278 FIGUEIREDO, Lúcia Vale. Discricionariedade*:* poder ou dever? *In:* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Coord.). **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 129.

279 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 38.

280 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 40.

281 DEZAN, Sandro Lúcio. Valores axiomáticos para uma justiça do direito sancionador. Uma metanorma limitadora do poder punitivo do Estado. **Direitos Fundamentais & Justiça.** Belo Horizonte, ano 15, n. 44, p. 271-286, jan./jun. 2021. p. 272, 275.

282 DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública e políticas de meio ambiente:** O princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2014. p. 57, 58.

luz do caso concreto e com o fito de realizar o interesse público, entende-se que há apenas um ato adequado à disposição do administrador público, orientado por uma razoabilidade mais refinada, denominada de *razoabilidade qualificada*[283].

Essa razoabilidade qualificada constitui-se na busca por identificar o razoável e proporcional interesse público em questão quando da emissão do ato administrativo[284]. O que difere então a proporcionalidade e razoabilidade comum da razoabilidade qualificada são os critérios da busca, que, diferentemente do primeiro caso que se prende às balizas da lei, vai buscar nos princípios jurídicos os contornos do ato **único ato adequado**.

A fundamentação da existência desse único ato adequado tem origem em Ronald Dworkin, para quem diante de um caso levado à justiça, de posse da discricionariedade o julgador chegará a uma única solução adequada, pelo manejo de princípios jurídicos e ou morais[285].

A afirmativa da existência de um único ato adequado diante do manejo da discricionariedade administrativa assenta-se na ideia de que o exercício do da função pública reflete muito mais um dever do que um poder, daí que o denominado "poder discricionário" é na verdade um "dever discricionário", na busca pelo cumprimento da determinação legal[286].

Partindo desse pressuposto, a discricionariedade, oriunda da imprecisão do pressuposto ou da finalidade da norma, estaria limitada, sempre, ao campo do cabimento ou não dos conceitos utilizados por aquela norma[287].

Conclui-se, portanto, que ainda quando a lei reveste uma situação de discricionariedade, o que se busca é que o administrador adote, no caso concreto, a decisão que seja capaz de satisfazer plenamente a finalidade da lei, estando assim, comprometido a adotar o ato ótimo[288].

---

283 DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública e políticas de meio ambiente:** O princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2014. p. 58.

284 DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública e políticas de meio ambiente:** O princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2014. p. 58.

285 DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública e políticas de meio ambiente:** O princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2014. p. 58.

286 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008. p. 14, 15.

287 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008. p. 31.

288 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008. p. 32.

A discricionariedade administrativa deve conduzir o administrador, portanto, a optar pela decisão que melhor realize a finalidade legal, a partir dessa escolha, o administrador adentra na seara das relações jurídicas, que apenas veem à existência no caso concreto e ensejam a análise e revisão jurisdicional[289].

Os contornos legais que impelem o ato discricionário da Administração Pública a uma única solução adequada sob o manto do positivismo, discorridos acima por obra da doutrina pátria, necessariamente hão de ser espelhados para atender às razões do Estado pós-positivista e neoconstitucionalista.

Dessa forma, alargam-se as fontes e os limites do ato discricionário, não mais para conter-se nos limites legais, e sim evoluindo para uma base principiológica alinhada com os fins desse Estado.

Na nova realidade a discricionariedade pautar-se-á na lei e no Direito. Assim, o manejo do ato discricionário na busca pelo ato ótimo com a adoção da razoabilidade qualificada constitui-se, então, na operacionalização do princípio da juridicidade em casos tais[290].

À semelhança dos atos discricionários, os atos vinculados somente serão tidos por válidos se realizarem os valores constitucionais[291]. E no exercício desse ofício, o administrador público, ao executar as políticas públicas, estará diante da possibilidade de negar-se a aplicar a norma legal ou infralegal, considerada inconstitucional por não realizar tais valores[292].

No ato vinculado, então, a obtenção do ótimo somente será possível pelo emprego da razoabilidade qualificada para a identificação do valor constitucional aferível no caso concreto que realizará o princípio da juridicidade[293].

A razoabilidade qualificada não atua sozinha na busca pelo ato ótimo ou *decisão administrativa justa*[294]. Uma vez que extrapolou os limites do direito positivo, carece de aliar-se a um valor jurídico que melhor se adeque à resposta ideal ao caso concreto,

---

289 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008. p. 37.

290 DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública e políticas de meio ambiente:** O princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2014. p. 61.

291 DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública e políticas de meio ambiente:** O princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2014. p. 72.

292 DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública e políticas de meio ambiente:** O princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2014. p. 72, 73.

293 DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública e políticas de meio ambiente:** O princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2014. p. 77.

294 DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública e políticas de meio ambiente:** O princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2014. p. 97.

ou seja, qual o princípio jurídico que melhor traduz a salvaguarda do bem jurídico a ser tutelado. Daí esse valor também constituir-se como um dos elementos jurídicos do princípio da juridicidade.

4.3.6 Valor Jurídico Axiomático[295]

O aperfeiçoamento ou a realização do princípio da juridicidade administrativa se dará no caso concreto por meio de uma perseguição e alcance da melhor solução jurídica que atenda ao interesse público, sobretudo sob o foco do respeito aos dignidade da pessoa humana.

Tal mister não seria possível sem a identificação do valor constitucional sensível[296], ou seja, o valor jurídico afetado em maior monta pela decisão.

Os valores axiomáticos, que são regras jurídicas implícitas, perfazem o estrato fático-dogmático, tendo em vista o seu caráter sociocultural essencial em dado momento histórico, formando assim um verdadeiro subtexto jurídico[297].

Pelo manejo da razoabilidade qualificada será, então, identificado esse valor constitucional sensível, o qual trata-se de um princípio sistêmico que conduz, da melhor forma possível, ao ato administrativo justo[298].

Assim que, entre todos os princípios contidos no sistema jurídico, aquele que melhor reflita a resposta condizente com o caso concreto, à luz do Estado Democrático e Constitucional de Direito, será selecionado por meio de um movimento relacional com a razoabilidade qualificada, concretizando então a juridicidade administrativa, que passará a apresentar-se com a roupagem desse valor[299].

Como exemplo do quanto acima exposto, recorreremos ao Direito Ambiental. Como forma de realizar os valores constitucionais contidos no art. 225 da Constituição de 1988, buscou-se, por meio da razoabilidade qualificada, a melhor forma de gestão

---

295 Para o professor Dezan, Os Valores Jurídicos-axiomáticos (jurídicos-normativos): compreendem mandamentos de fundamentação dos princípios e das regras jurídicas e de concreção, de natureza jurídico-binária, para indicar o válido e o inválido normativo componente da ordem jurídica positiva. *Cf.* DEZAN, Sandro Lúcio. **Fenomenologia e hermenêutica do direito administrativo:** para uma teoria da decisão administrativa. Porto: Juruá Editorial, 2018. p. 214.

296 DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública e políticas de meio ambiente:** O princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2014. p. 75

297 DEZAN, Sandro Lúcio. **Fenomenologia e hermenêutica do direito administrativo:** para uma teoria da decisão administrativa. Porto: Juruá Editorial, 2018. p. 171.

298 DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública e políticas de meio ambiente:** O princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2014. p. 86.

299 DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública e políticas de meio ambiente:** O princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2014.

dos riscos ambientais pela Administração Pública, chegando-se ao valor, princípio da precaução, o qual, conduz a Administração ao ato ótimo, ou seja, o ato administrativo precaucional, e essa operação foi orquestrada pelo princípio da juridicidade, vez que ambos, razoabilidade qualificada e valor precaucional, constituem-se em seus elementos[300].

Da mesma maneira, a equação acima, derivada da Teoria Geral das Decisões Público-Administrativas[301], deverá ser aprendida e aplicada pelo administrador público em cada nova decisão que pretenda em linha com os contornos do atual Estado brasileiro.

Com a evolução social conducente a um Estado que ultrapassa as raias do positivismo e flerta com o pós-positivismo, alinhavado ao neoconstitucionalismo e forçado a tingir o tecido social com as cores do neojusnaturalismo como forma de bem responder aos mais íntimos anseios sociais, quais sejam, o respeito aos direitos fundamentais, suportados pela garantia da dignidade da pessoa humana, os valores jurídicos assumem posição de destaque, nas palavras de Dezan:

> O que se pretende, destarte, é a fundamentação fenomenológica do Direito e, assim, de sua estrutura normatizada a que a teoria do Direito denomina de norma jurídica, caracterizada pelo desvelamento do 'normado', do deôntico, do direito normativo, como ente que se mostra e se desvela, a ponto de externar se a sua composição fundamental dotada não somente de princípios e regras, mas, também, de outra espécie mais fundamental, ou pré-fundantes daquelas outras espécies, a saber: os valores jurídicos[302]/[303].

Nesse contexto, a norma jurídica pós-moderna compõe-se de três elementos, quais sejam, os princípios, as regras jurídicas e o valor juridicizado, este, dotado de caráter deôntico-jurídico, apesar de sua característica de não positivado[304].

---

300 DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública e políticas de meio ambiente:** O princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2014. p. 64.

301 DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública e políticas de meio ambiente:** O princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2014. p. 86.

302 DEZAN, Sandro Lúcio. **Fenomenologia e hermenêutica do direito administrativo:** para uma teoria da decisão administrativa. Porto: Juruá Editorial, 2018. p. 181.

303 Nesse ponto, importante anotar que a inserção dos valores jurídicos nesta pesquisa, na condição de um dos elementos jurídicos de aplicação do conteúdo jurídico da juridicidade administrativa, se dá com base na Teoria da Decisão Administrativa cunhada pelo autor Sandro Lúcio Dezan na obra Fenomenologia e hermenêutica do Direito Administrativo, citada alhures. Para uma maior compreensão da teoria e melhor possibilidade do manejo do instituto, remeto ao estudo da citada obra.

304 DEZAN, Sandro Lúcio. **Fenomenologia e hermenêutica do direito administrativo:** para uma teoria da decisão administrativa. Porto: Juruá Editorial, 2018. p. 197.

Como um dos focos de sua teoria da decisão administrativa, Dezan busca atribuir um novo sentido ao direito positivo, o qual em sua concepção passará a referir-se tanto ao direito escrito, quanto ao direito não escrito, este, na qualidade de direito extratexto, composto de valores axiomáticos, aferido por meio da hermenêutica argumentativa, sob o ponto de vista da juridicidade[305].

Os valores jurídico-axiomáticos, bem como os valores jurídicos positivados, diferenciam-se em sua aplicação dos princípios jurídicos e aproximam-se das regras jurídicas, uma vez que não se submetem a uma análise de peso e gradação, mas submetem-se ao critério de tudo ou nada, tendo em vista que no critério histórico-local, na disputa um dos contendentes é apenas uma aparência de valor e não um valor em si, devendo ser refutado[306].

A Administração Pública, ao momento da decisão e da expedição do ato administrativo, em vista da juridicidade administrativa, deve lançar **mão da hermenêutica argumentativa** com o fim de habilitar-se a identificar valores jurídico-axiomáticos e princípios jurídicos implícitos conducentes **à atualização do direito** ao caso concreto sob exame[307].

De se entender, por fim, que os princípios e as regras devem ser racionalmente compreendidos pela Administração Pública em sua função atípica de dizer o direito ao caso concreto, sob o foco dos valores axiomáticos, que os conecta com o mundo da vida, na busca pela verdade do fenômeno jurídico conectado ao contexto sociocultural[308].

4.3.7 Motivação dos Atos Administrativos

Para parte significativa da doutrina[309], "motivos são pressupostos fáticos e de direito que serve de fundamento ao ato jurídico."[310].

---

305 DEZAN, Sandro Lúcio. **Fenomenologia e hermenêutica do direito administrativo:** para uma teoria da decisão administrativa. Porto: Juruá Editorial, 2018. p. 206.

306 DEZAN, Sandro Lúcio. **Fenomenologia e hermenêutica do direito administrativo:** para uma teoria da decisão administrativa. Porto: Juruá Editorial, 2018. p. 213, 214.

307 DEZAN, Sandro Lúcio. **Fenomenologia e hermenêutica do direito administrativo:** para uma teoria da decisão administrativa. Porto: Juruá Editorial, 2018. p. 213, 216.

308 DEZAN, Sandro Lúcio. **Fenomenologia e hermenêutica do direito administrativo:** para uma teoria da decisão administrativa. Porto: Juruá Editorial, 2018. p. 233–237.

309 NOHARA, Irene Patrícia. **O motivo no ato administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 37: "... Ranelletti, André de Laubadère, Sayagués Laso, Jean Rivero, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Vitor Nunes Leal."

310 NOHARA, Irene Patrícia. **O motivo no ato administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 37.

Como elemento essencial do ato administrativo, o motivo, que é o fato jurídico que ocorre no mundo sensível, dando-lhe ocasião, deve ter origem legal, a fim de que seja possibilitado o controle jurisdicional[311].

A motivação se distingue do motivo, por tratar-se do discurso que visa à justificação desse ato motivado, com o fim de convencer aos interessados do cumprimento dos ditames legais, da oportunidade e da finalidade[312].

Em sintonia com os novos tempos, a lei nº 9.784/99 dispõe entre os princípios da Administração Pública o princípio da motivação[313], a qual tem o condão de possibilitar um maior controle jurisdicional sobre os atos emanados da Administração Pública[314].

A motivação exerce papel importante na aferição da razoabilidade e proporcionalidade do ato administrativo, considerando tratar-se de elemento estruturante da ordem normativa por materializar e disponibilizar o móvel do agir estatal de forma a zelar pela segurança jurídica, sendo, portanto, a chave que legitima o referido ato[315].

Um dos principais elementos de aplicação do conteúdo jurídico da juridicidade administrativa é a motivação dos atos administrativos, na medida em que com a expansão das fontes deste ato, reduz-se o espaço para a adoção de atos imotivados.

Deve ser esclarecido que a discricionariedade administrativa não se constitui em poder autônomo, por representar uma liberdade de atuação nos limites da moldura normativa que inclui regras e princípios, esses, no Estado Democrático de Direito, verdadeiras normas integrantes do ordenamento[316].

Está nas mãos do Poder Judiciário identificar os limites do controle jurisdicional que não adentrem à justa discricionariedade administrativa, vez que com o advento do pós-positivismo, a interpretação jurídica está na dependência da atividade argumentativa e não ao amparo de simples operações demonstrativas[317].

---

311 NOHARA, Irene Patrícia. **O motivo no ato administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 43.

312 NOHARA, Irene Patrícia. **O motivo no ato administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 50.

313 BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 20 março 2024. Prescreve o artigo 2º, caput: "Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, **motivação**, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

314 NOHARA, Irene Patrícia. **O motivo no ato administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p.70.

315 DEZAN, Sandro Lúcio. Valores axiomáticos para uma justiça do direito sancionador. Uma metanorma limitadora do poder punitivo do Estado. **Direitos Fundamentais & Justiça.** Belo Horizonte, ano 15, n. 44, p. 271-286, jan./jun. 2021. p. 281–283.

316 NOHARA, Irene Patrícia. Conceitos jurídicos indeterminados e delimitação concreta da discricionariedade administrativa no pós-positivismo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, nº 7, p. 167-193, jan/jun. 2010.

317 NOHARA, Irene Patrícia. Conceitos jurídicos indeterminados e delimitação concreta da discricionarie-

No cenário do pós-positivismo o princípio da motivação, seguindo o exemplo dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, deve ser operacionalizado pela Administração Pública por ocasião do exercício de sua função atípica de dizer o direito no caso concreto, em linha com os atuais ditames constitucional e legal brasileiros[318].

Conclui-se que a dicotomia existente sob o império do princípio da legalidade administrativa, de atos vinculados e atos discricionários, não consegue ser delimitável sob a juridicidade, vez que todos os atos administrativos devem ser motivados, como forma de levar os administrados à compreensão dos motivos da decisão e que tenham condições de impugná-los judicialmente, caso assim o prefiram.

4.3.8 Sindicabilidade Judicial

Sob o âmbito da juridicidade, os atos administrativos abeberam-se de todo o ordenamento jurídico e, uma vez apropriando-se de seus institutos, conceitos e fins, expõem-se, consequentemente **à** sindicabilidade judicial ampla.

Tal controle é exercido por uma intervenção judiciária com o fim de realizar o direito em conflito, tendo como finalidade principal a proteção do cidadão diante da Administração[319].

Por meio da sindicabilidade judicial os pressupostos de validade do ato administrativo serão prescrutados pelo Poder Judiciário, em consonância com o disposto no inciso XXXV do artigo 5º da CF/88, que prescreve a n**ão exclusão dessa apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito**[320].

No cenário de manejo do princípio da juridicidade administrativa, o Poder Judiciário analisará, para os atos discricionários o **mérito,** a observância de todo o sistema normativo, bem como a razoabilidade qualificada, essa sob o aspecto de eleição do ato ótimo administrativo; quanto aos atos vinculados, analisará a observância do sistema normativo e a razoabilidade qualificada, essa sob o aspecto de eleição do ato ótimo administrativo[321].

---

dade administrativa no pós-positivismo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, nº 7, p. 167-193, jan/jun. 2010.

318 DEZAN, Sandro Lúcio. Valores axiomáticos para uma justiça do direito sancionador. Uma metanorma limitadora do poder punitivo do Estado. **Direitos Fundamentais & Justiça.** Belo Horizonte, ano 15, n. 44, p. 271-286, jan./jun. 2021. p. 284.

319 FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 8. ed. Rio de janeiro: Forense, 2010. p. 134, 135.

320 DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública e políticas de meio ambiente:** O princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2014. p. 81.

321 DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração pública e políticas de meio ambiente:** O princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2014. p. 82, 83.

Conforme já asseverado por Celso Antônio Bandeira de Mello "não há fugir à conclusão de que o controle dos atos administrativos se estende, inevitavelmente, ao exame dos motivos."[322].

Inquieto, porém, com a possibilidade de limitações ao controle jurisdicional do ato administrativo, Mello apresenta seu entendimento acerca do olhar do Poder Judiciário sobre o ato administrativo, nos seguintes termos:

> Nota-se, pois (seja qual for a posição que se adote na matéria), que, de toda sorte, ao Judiciário caberá, quando menos, verificar se a intelecção administrativa se manteve ou não dentro dos limites o razoável perante o caso concreto e fulmina-la sempre que se vislumbre ter havido uma imprópria qualificação dos motivos à face da lei, uma abusiva dilatação do sentido da norma, uma desproporcional extensão do sentido da norma, uma desproporcional extensão do sentido extraível do conceito legal ante os fatos a que se quer aplica-lo[323].

No sentir da necessidade de ampliação do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, Mello elenca a razoabilidade, a proporcionalidade, a lealdade, a boa fé e a igualdade como princípios gerais do Direito aptos a enquadrar a discricionariedade dentro dos limites jurídicos necessários. E arremata seu pensamento com a citação de Garcia de Enterría de que os princípios gerais do Direito são "uma condensação dos grandes valores jurídicos materiais que constituem o substratum do Ordenamento e da experiência reiterada da vida jurídica"[324].

De mesma forma Seabra Fagundes, ao tratar do controle jurisdicional da Administração Pública afirma que este controle é exercido por meio de uma intervenção do Judiciário na realização do direito, denotando uma substituição do efetuar da vontade do Estado, do Executivo por aquele outro Poder, isso com o fim precípuo de resguardar o cidadão frente à Administração[325].

---

322 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008. p. 88.

323 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008. p. 92.

324 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008. p. 96.

325 FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 8. ed. Rio de janeiro: Forense, 2010. p. 134, 135.

Anote-se, todavia, que Seabra Fagundes apresenta ainda o controle jurisdicional do ato administrativo limitado, sob a vedação de análise do mérito desses atos, restringindo então tal controle à legalidade[326].

Importante a apresentação dessa visão reinante sob o manto do princípio da legalidade estrita, pois, é exatamente ela que está a experimentar o alargamento de horizontes no cenário da constitucionalização do direito administrativo, no qual, o princípio da juridicidade administrativa conduz a uma maior sindicabilidade do ato pelo Poder Judiciário.

Nesse ponto, importante a menção do evoluir do entendimento do Poder Judiciário, em linha com o importante momento da evolução jurisdicional brasileira rumo à proteção dos direitos fundamentais.

Trata-se aqui do Tema 698 do Supremo Tribunal Federal[327]. O Leading Case é o Recurso Extraordinário 684612 RJ[328]. Na decisão que originou o referido tema de repercussão geral, buscava-se a condenação do Município à realização de concurso público para provimento de cargos em um hospital específico, além da correção de irregularidades apontadas em relatório do Conselho Regional de Medicina.

O STF entendeu que a saúde é um bem jurídico constitucionalmente tutelado e que cabe ao Poder Público formular e implementar políticas sociais e econômicas para garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. No entanto, a intervenção casuística do Judiciário, definindo a forma de contratação de pessoal e gestão dos serviços de saúde, pode colocar em risco a continuidade das políticas públicas, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação racional dos recursos públicos.

No caso em comento, o STF fixou as teses de julgamento[329], por meio das quais reconheceu a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas

---

326 FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 8. ed. Rio de janeiro: Forense, 2010. p. 179.

327 Tema: 0698 STF - Título: Limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção.

328 Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 2º e 196, da Constituição federal, a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a implementação de políticas públicas urgentes com a finalidade de assegurar o direito à saúde, em substituição ao juízo de oportunidade e conveniência do Poder Executivo para a prática do ato administrativo, bem como sem indicar as receitas orçamentárias necessárias ao cumprimento da obrigação imposta.

329 Teses de Julgamento: 1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes. 2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para

referentes a direitos fundamentais, traçou diretrizes para a intervenção e possibilitou ao Poder Executivo a escolha entre as soluções possíveis.

O Tema 698 do Supremo está sendo objeto de acaloradas discussões no meio doutrinário, a exemplo da professora Vanice Valle que após apontar diversas dificuldades e questionamentos acerca da pouca instrumentalização do Poder Judiciário a atender ao quantum disposto na decisão, assevera que "tem-se em alguns aspectos, avanços — mas ela está longe de empreender a um equacionamento já operacional do controle judicial de políticas públicas.[330].

Também está havendo manifestações por parte das Procuradorias dos Estados, preocupadas com o papel da Advocacia Pública na implementação das decisões oriundas de decisões baseadas no Tema 698. A exemplo da Procuradora Federal Claudine Costa Smolenaars que, atenta aos possíveis efeitos indesejados da judicialização de políticas públicas, assevera:

> Qual seria o papel da advocacia pública no tratamento da judicialização das políticas públicas, especialmente na adequada aplicação do tema 698 do STF? Conhecer os elementos trazidos pelo voto, buscando a melhor defesa do ente público e fazer respeitar a vontade de gestor, detentor constitucional do poder decisório da política pública. Porém, deve zelar pelo diálogo interinstitucional, para considerar as questões trazidas em juízo, possibilitando um maior pluralismo jurídico na tomada de decisão, bem como a construção coletivas de soluções.[331].

Outro exemplo desse moderno debate acerca do caminhar do controle judicial do ato administrativo pode ser encontrado no Tema de Repercussão Geral 485[332], que se refere à possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle jurisdicional sobre o ato administrativo que profere avaliação de questões em concurso público.

---

alcançar o resultado; 3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

330 VALLE, Vanice. O STF "lacrou" o controle de políticas públicas ao julgar o Tema 698? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 jul. 2023. Interesse Público. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-jul-20/interesse-publico-stf-lacrou-controle-politicas-publicas-julgar-tema-698/. Acesso em: 27 jul. 2024.

331 SMOLENAARS, Claudine Costa. Da tese fixada no tema 698 do Supremo Tribunal Federal: atenção aos efeitos sistêmicos indesejados na judicialização das políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos humanos. **Revista da Advocacia Pública Federal**, Brasília, v. 7, n. 1, 379-404, dezembro de 2023. p. 381.

332 Título: Controle jurisdicional do ato administrativo que avalia questões em concurso público.
Descrição: Recurso extraordinário em que se discute à luz dos artigos 2º e 5º, caput, da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário realizar controle jurisdicional do ato administrativo que, em concurso público, avalia as questões objetivas formuladas, quando as respostas tidas como corretas pela banca examinadora divergem da bibliografia indicada no edital.

O Leading Case **é o Recurso Extraordinário** 632.853 Ceará, no qual, embora o recurso tenha sido provido para cassar o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará[333], deu origem ao conteúdo do Tema 485[334], o qual aponta que excepcionalmente o Poder Judiciário pode verificar a compatibilidade da prova com o edital do concurso.

A par das discussões e decisões existentes, diga-se necessárias, observa-se que o caminhar no sentido da maior concretização de direitos fundamentais, possibilitado pelo pós-positivismo em linha com o neoconstitucionalismo, aponta para uma maior sindicabilidade judicial dos atos administrativos e, nessa senda, o princípio da juridicidade administrativa mostra-se apto a apontar as balizas para um controle que atenda às demandas, em conformidade com as diretrizes da atual democracia brasileira.

Consequência desse novo cenário é a existência cada vez menor de espaços de discricionariedade e de domínio estrito administrativo, até pela ampliação de sentido do interesse da administração, que passa a ser, em última análise, proporcionar o gozo dos direitos fundamentais e assegurar a dignidade humana. Ambos, incompatíveis com a outrora defendida dicotomia de interesse público x interesse privado.

---

333 "APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO ORDINÁRIA CONCURSO PÚBLICO EXAME DAS QUESTÕES OBJETIVAS DO CERTAME QUESITOS QUE ADMITEM MAIS DE UMA RESPOSTA COMO CORRETA NULIDADE EDITAL COM INDICAÇÃO DE LITERATURA RESPOSTAS QUE NÃO SE REGEM PELAS REGRAS EDITALÍCIAS IMPOSSIBILIDADE APELAÇÕES CONHECIDAS E IMPROVIDAS. I - O concurso público, de provas e títulos, rege-se pelos princípios da legalidade, da moralidade e da razoabilidade. II - Destarte, não se mostram razoáveis os quesitos da prova objetiva que apresentam mais de uma resposta como correta. III - Neste sentir, tal situação malfere o princípio da moralidade pública. IV - Igualmente, com aplicação do princípio da legalidade, não pode o concurso público deixar de dar observância estrita ao Edital. V - Neste caso, muito embora o Edital do Certame indicasse literatura própria às matérias a serem submetidas aos certamistas, desconsiderou a doutrina indicada em prol de pesquisadores diversos, o que lhe é defeso. VI - Apelação desprovida. VII - Remessa oficial desacolhida. VIII - Sentença hostilizada inalterada".

334 Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Concurso público. Correção de prova. Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes. 3. Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. Precedentes. 4.Recurso extraordinário provido.

5 Visão interpretativa do stf sobre a aplicação do princípio da juridicidade administrativa pela administração pública

Diversos autores constitucionalistas brasileiros, a exemplo de Paulo Bonavides[335], José Afonso da Silva[336], Alexandre de Moraes[337], Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco[338], e Luís Roberto Barroso[339] abordam o papel do Supremo Tribunal Federal – STF na condição de principal intérprete da Constituição, tendo como uma de suas funções garantir que as leis e os atos normativos sigam os direcionamentos constitucionais, cuidando para que sejam aplicados da forma correta. Para tal, o STF exerce o controle de constitucionalidade em suas diversas modalidades.

Por outro lado, a Corte Suprema tem o papel de uniformizadora da interpretação constitucional, e, nesse quadro, cuida para que as decisões dos demais tribunais e juízes adotem suas orientações referenciais, garantindo assim uma aplicação uniforme da Constituição em todo o território nacional.

De observação relevante para esta pesquisa, o STF atua na defesa dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Assim, diante da violação ou ameaça de violação desses direitos, a Corte atua seja no julgamento das diversas ações, como Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Habeas Data, Mandado de Injunção ou em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Para além, sua jurisprudência em matéria de direitos fundamentais funciona como bússola a orientar os tribunais e juízes do país.

Em atuação proativa em defesa dos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal emite súmulas vinculantes e decisões com efeitos erga omnes, buscando assim dar maior garantia à defesa em âmbito nacional desses direitos.

---

335 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

336 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

337 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo. Atlas, 2008.

338 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

339 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

É objetivo desse capítulo identificar em julgados do Supremo Tribunal Federal a aplicação interpretativa do princípio da juridicidade administrativa, como forma de proteger os direitos fundamentais, em linha com o atual momento do pós-positivismo e da constitucionalização do direito, notadamente do Direito Administrativo.

Tendo em conta o exposto, neste capítulo, para apresentarmos a visão interpretativa do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação do princípio da juridicidade administrativa pela Administração Pública, **é primordial** abordarmos *(i)* a metodologia, *(ii)* o princípio da juridicidade administrativa em julgados do STF e *(iii)* as considerações sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da juridicidade administrativa.

5.1 Metodologia

O objetivo da pesquisa junto ao sítio do Supremo Tribunal Federal **é a identificação de julgados** que abordam o princípio da juridicidade administrativa. Optou-se por uma consulta simples, pelo acesso à ferramenta de consulta pública com fim de garantir a objetividade na escolha dos casos.

A seleção dos julgados foi realizada por meio da utilização da ferramenta de pesquisa constante do site do Supremo Tribunal Federal – STF, https://portal.stf.jus.br/, na aba "jurisprudência", sobre o princípio da juridicidade administrativa, entre os dias 25 de junho de 2024 e 30 de julho de 2024.

A pesquisa no site oficial do STF partiu das seguintes palavras-chave: "princípio da legalidade", "Administração Pública", "direitos fundamentais", "pós-positivismo", "constitucionalização do direito administrativo", "direitos fundamentais", "princípio da juridicidade" e "juridicidade".

Essas palavras-chave foram selecionadas tendo em vista a relevância no contexto do Direito Administrativo e Constitucional, bem como por representarem pontos relevantes no estudo do princípio da juridicidade administrativa e sua aplicação nos atos e políticas públicas. Ainda, trata-se das palavras-chave desta dissertação.

Durante as consultas no site do STF, porém, restou comprovado que os termos que mais retornaram respostas positivas foram: "juridicidade administrativa"; "princípio da juridicidade"; "juridicidade", "pós-positivismo" e "princípio da juridicidade administrativa".

Entre os julgados selecionados, buscou-se incluir decisões mais antigas e mais recentes, no intuito de se traçar uma linha temporal, como forma de tentar identificar uma evolução no entendimento do tema com o decorrer dos anos, bem como o trato do tema pelo maior número de ministros possível.

Observou-se, todavia, que as pesquisas não retornaram um número grande de julgados de forma que fosse possível identificar uma evolução do tema no tempo, mas o seu conteúdo mostrou-se bastante significativo para o fim aqui pretendido.

5.1.1 Procedimento de busca

Os procedimentos de buscas seguiram os seguintes passos, em datas distintas:

a. Acesso ao site do STF por meio do endereço: (https://portal.stf.jus.br/);
b. Navegação até a aba "jurisprudência", que se encontra na parte superior esquerda da página principal do STF;
c. Ao clicar no termo "jurisprudência", abre-se um campo com os dizeres: "Digite um termo para pesquisa de jurisprudência", seguido de uma tecla "Pesquisar" sobre um fundo azul;
d. Inserção das palavras-chave – cada termo de pesquisa foi inserido individualmente na barra de busca;
e. Após o retorno dos resultados, os quais trazem em destaque o termo ou parte do termo consultado, os processos foram filtrados para garantir que apenas os julgados que mencionam explicitamente o princípio da juridicidade administrativa fossem considerados.

5.1.2 Critérios de seleção

Os julgados foram selecionados com base nos seguintes critérios:

a. Critério temporal: O advento do princípio da juridicidade no direito positivo brasileiro, com a edição da Lei nº 9.784/1999;
b. Relevância: Julgados que abordam diretamente o princípio da juridicidade administrativa;
c. Abrangência: Casos que exemplificam diferentes aspectos e aplicações do princípio, embora a nomenclatura possa não coincidir;
d. Impacto: Decisões que tiveram um impacto significativo na jurisprudência ou que se utilizaram da doutrina mais relevante sobre o tema.

5.1.3 Análise dos julgados

Para cada julgado selecionado, foi realizada uma análise detalhada, que inclui:

a. Resumo do caso: Contextualização do caso e das partes envolvidas;
b. Exame dos argumentos jurídicos apresentados e da fundamentação utilizada pelo STF, nos pontos pertinentes com o objeto princípio da juridicidade administrativa;
c. Aplicação do princípio da juridicidade administrativa: Identificação de como o princípio foi aplicado e interpretado no caso específico;
d. Comentários críticos: Reflexões sobre a decisão e suas implicações para o Direito Administrativo.

5.1.4 Organização dos Resultados

Os resultados da pesquisa e análise foram organizados de forma sistemática, permitindo uma compreensão clara e coesa dos julgados selecionados. Cada julgado foi apresentado em uma subseção específica, seguindo a estrutura descrita acima.

5.1.5 Conclusão

Ao cabo do capítulo será apresentada uma conclusão acerca da eficiência da metodologia aplicada na busca e análise das decisões do Supremo Tribunal Federal que abordam o tema juridicidade administrativa, bem como a identificação dos posicionamentos existentes na Corte sobre o tema.

5.2 O princípio da juridicidade administrativa em Julgados do STF

Os julgados selecionados conforme a metodologia acima foram:

- Reclamação 11.243 República Italiana, de 08 de junho de 2011 – Relator: **Ministro Gilmar Mendes.**
- Recurso Extraordinário 632.853 Ceará, de 23 de abril de 2015 – Relator: **Ministro Gilmar Mendes**;
- Recurso Extraordinário 381.367 Rio Grande do Sul, de 26 de outubro de 2016 - Relator: **Ministro Marco Aurélio.**
- Recurso Extraordinário 661.256 Santa Catarina, de 27 de outubro de 2016 – Relator: **Ministro Luís Roberto Barroso**;
- Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.239 Distrito Federal, de 08 de fevereiro de 2018 – Relator: **Ministro Cezar Peluso.**
- Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.852 Mato Grosso do Sul, de 24 de agosto de 2020 – Relator: **Ministro Dias Toffoli.**
- **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.645 Distrito Federal, de 12 de setembro de 2023 – Relator: Ministro Luiz Fux.**

A seguir será feita uma análise de cada julgado, com o intuito de identificar o trato do princípio da juridicidade, bem como uma possível evolução no tempo, considerando que foram selecionados julgados de diversos anos, da relatoria de vários ministros da Corte.

5.2.1 Reclamação 11.243 República Italiana, de 08 de junho de 2011 – Relator: Ministro Gilmar Mendes[340]

5.2.1.1 Resumo do Caso: Contextualização do Caso e das Partes Envolvidas

A Reclamação 11.243 foi ajuizada pela República Italiana contra a decisão do Presidente da República do Brasil de não extraditar Cesare Battisti, um ex-membro de um grupo militante de extrema esquerda na Itália, condenado por homicídios cometidos na década de 1970. A Itália solicitou a extradição de Battisti para cumprir sua pena, mas o Presidente da República do Brasil negou a extradição com base na cláusula do tratado que permite a recusa por crimes políticos.

5.2.1.2 Exame dos Argumentos Jurídicos Apresentados e da Fundamentação Utilizada pelo STF

A República Italiana argumentou que a decisão do Presidente da República do Brasil de negar a extradição de Cesare Battisti violava o tratado de extradição entre os

[340] Ementa : reclamação. Petição avulsa em extradição. Pedido de relaxamento de prisão. Negativa, pelo presidente da república, de entrega do extraditando ao país requerente. Fundamento em cláusula do tratado que permite a recusa à extradição por crimes políticos. Decisão prévia do supremo tribunal federal conferindo ao presidente da república a prerrogativa de decidir pela remessa do extraditando, observados os termos do tratado, mediante ato vinculado. Preliminar de não cabimento da reclamação ante a insindicabilidade do ato do presidente da república. Procedência. Ato de soberania nacional, exercida, no plano internacional, pelo chefe de estado. Arts. 1º, 4º, i, e 84, vii, da constituição da república. Ato de entrega do extraditando inserido na competência indeclinável do presidente da república. Lide entre estado brasileiro e estado estrangeiro. Incompetência do supremo tribunal federal. Descumprimento do tratado, acaso existente, que deve ser apreciado pelo tribunal internacional de haia. Papel do pretório excelso no processo de extradição. Sistema "belga" ou da "contenciosidade limitada". Limitação cognitiva no processo de extradição. Análise restrita apenas aos elementos formais. Decisão do supremo tribunal federal que somente vincula o presidente da república em caso de indeferimento da extradição. Ausência de executoriedade de eventual decisão que imponha ao chefe de estado o dever de extraditar. Princípio da separação dos poderes (art. 2º crfb). Extradição como ato de soberania. Identificação do crime como político traduzida em ato igualmente político. Interpretação da cláusula do diploma internacional que permite a negativa de extradição "se a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição". Capacidade institucional atribuída ao chefe de estado para proceder à valoração da cláusula permissiva do diploma internacional. Vedação à intervenção do judiciário na política externa brasileira. Art. 84, vii, da constituição da república. Alegada vinculação do presidente ao tratado. Graus de vinculação à juridicidade. Extradição como ato políticoadministrativo vinculado a conceitos jurídicos indeterminados. Non-refoulement. Respeito ao direito dos refugiados. Limitação humanística ao cumprimento do tratado de extradição (artigo iii, 1, f). Independência nacional (art. 4º, i, crfb). Relação jurídica de direito internacional, não interno. Consequências jurídicas do descumprimento que se restringem ao âmbito internacional. Doutrina. Precedentes. Reclamação não conhecida. Manutenção da decisão do presidente da república. Deferimento do pedido de soltura do extraditando.

dois países. Alegou que a decisão deveria ser sindicável pelo Judiciário brasileiro, uma vez que o tratado internacional deveria ser cumprido.

No STF foram analisados os seguintes pontos:

Princípio da Soberania Nacional:

A decisão de extraditar ou não um indivíduo é um ato de soberania nacional, exercido pelo Presidente da República no plano internacional;

A soberania nacional, conforme os artigos 1º, 4º, I, e 84, VII, da Constituição da República, confere ao Presidente da República a competência indeclinável de decidir sobre a extradição.

Separação dos Poderes:

O princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/88) impede que o Judiciário revise o mérito da decisão do Presidente da República em matéria de extradição, pois essa decisão é um ato de soberania;

O STF limitou-se a analisar a legalidade e a procedência do pedido de extradição, conforme o sistema "belga", que restringe a análise aos aspectos formais do processo de extradição.

Tratado de Extradição

O tratado de extradição entre Brasil e Itália permite a recusa da extradição se houver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição;

A interpretação e aplicação dessa cláusula permissiva são de competência do Presidente da República, que deve avaliar o contexto político e as possíveis perseguições contra o extraditando.

Direitos Humanos:

A decisão de não extraditar Cesare Battisti também considerou a regra do *non-refoulement*, que proíbe a entrega de um solicitante de refúgio a um Estado onde possa haver ameaça aos seus direitos fundamentais.

5.2.1.3 Aplicação do Princípio da Juridicidade Administrativa: Identificação de como o princípio foi aplicado e interpretado no caso específico

O princípio da juridicidade administrativa foi aplicado quando o STF reconheceu que a decisão do Presidente da República de não extraditar Cesare Battisti estava

vinculada a conceitos jurídicos indeterminados, como a cláusula do tratado de extradição que permite a recusa por crimes políticos.

Nesse ponto o STF fez menção à Extradição nº. 1.085, que trata do mesmo caso, onde consagrou que: "o ato de extradição é ato vinculado aos termos do Tratado, sendo que a exegese da vinculação deve ser compreendida de acordo com a teoria dos graus de vinculação à juridicidade".

5.2.1.4 Comentários Críticos: Reflexões sobre a decisão e suas implicações para o Direito Administrativo

A decisão do STF reafirma a importância da separação dos poderes e da soberania nacional nas relações internacionais. Ao reconhecer a competência exclusiva do Presidente da República para decidir sobre a extradição, evitou interferir em uma decisão política de alta relevância, respeitando a autonomia do Presidente da República.

O STF deixou registrado, porém, que no cenário do pós-positivismo jurídico, segundo expresso por Gustavo Binenbojm, "não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade"[341].

5.2.2 Recurso Extraordinário 632.853 Ceará, de 23 de abril de 2015 – Relator: Ministro Gilmar Mendes[342]

No presente Recurso Extraordinário, "A controvérsia constitucional a ser analisada refere-se à possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle jurisdicional sobre o ato administrativo que profere avaliação de questões em concurso público.".

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará confirmou a sentença de primeira instância que anulou diversas questões de concurso público para o cargo de Enfermeiro, aos argumentos que as questões possuíam mais de uma resposta e que o examinador não seguiu a bibliografia indicada no edital do concurso.

O relator, Ministro Gilmar Mendes entendeu que "o acórdão recorrido divergiu desse entendimento ao entrar no mérito do ato administrativo e substituir a banca examinadora

---

341 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 208.

342 Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Concurso público. Correção de prova. Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes. 3. Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. Precedentes. 4. Recurso extraordinário provido.

para renovar a correção de questões de concurso público, violando o princípio da separação dos poderes e a própria reserva de administração (Verwaltungsvorbehalt)". Assim, deu provimento ao recurso extraordinário impetrado pelo Estado do Ceará, por entender que o Poder Judiciário substituiu a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e critérios de correção utilizados, extrapolando o controle de legalidade ou constitucionalidade e entrando no mérito do ato administrativo.

No mesmo processo, o Ministro Luiz Fux entendeu que "O pano de fundo, porém, é mais geral e tem que ver com as próprias fronteiras da intervenção judicial sobre os atos administrativos, controvérsia essa que contrapõe valores constitucionais sensíveis como a Separação dos Poderes (CRFB, art. 2º) e a inafastabilidade da tutela jurisdicional (CRFB, art. 5º, XXXV).".

O Ministro Fux buscou, citando NOVAIS, traçar um panorama histórico do papel da Administração Pública desde a superação do Estado Absolutista sob o princípio da legalidade e sua evolução para uma concepção material, que "só adquire sentido, justificação e inteligibilidade em função do respeito, garantia e promoção dos direitos e liberdades fundamentais"[343].

Em continuação, cita SEABRA FAGUNDES como endossatário da teoria dos elementos do ato administrativo, com foco no controle judicial dos elementos vinculados do ato "Pela necessidade de subtrair a Administração Pública a uma prevalência do Poder Judiciário, capaz de diminuí-la, ou até mesmo anulá-la em sua atividade peculiar, põem-se restrições à apreciação jurisdicional dos atos administrativo, no que respeita à extensão e consequências."[344].

Passo seguinte, aponta o surgimento da juridicidade administrativa, como a submissão da Administração Pública direitamente à Constituição e seus princípios, momento em que cita o Ministro Luís Roberto Barroso como um dos maiores expoentes da doutrina da efetividade da Constituição.

Segue o entendimento para dizer que "moderna concepção de graus de vinculação à juridicidade não importa em supressão ou controle do mérito do ato administrativo. Trata-se, a rigor, de **mero estreitamento** do espaço de escolha administrativa.".

Com esse entendimento vota no sentido de que os atos administrativos do concurso público estão sujeitos à **juridicidade administrativa** e, embora tenha votado pelo

343 NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**. Coimbra: Ed. Almedina, 2006, p. 40.

344 FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 179-182.

provimento do recurso, sugeriu a fixação, em abstrato, de tese de repercussão geral, cujo teor ora se transcreve:

> O controle jurisdicional de questões de concurso público é admitido prima facie como corolário da garantia constitucional da inafastabilidade da tutela judicial efetiva (CRFB, art. 5º, XXXV), sendo certo, porém, que a densidade da intervenção judicial dependerá, em cada caso, do maior ou do menor grau de vinculação da Administração Pública à juridicidade, em respeito ao postulado da Separação dos Poderes (CRFB, art. 2º). Em todo caso, não compete ao Poder Judiciário interpretar a doutrina prevista no edital para avaliar o acerto das questões formuladas pela banca examinadora, reservando-se a anular questões evidentemente teratológicas ou flagrantemente incompatíveis com o conteúdo previsto no Edital.

5.2.2.1 Resumo do caso: Contextualização do Caso e das Partes Envolvidas

O caso envolve a anulação de questões de um concurso público para o cargo de enfermeiro, sob a alegação de que as questões possuíam mais de uma resposta correta e que a banca examinadora desconsiderou a literatura indicada no edital.

5.2.2.2 Exame dos argumentos jurídicos apresentados e da fundamentação utilizada pelo STF

Argumento do Recorrente:

O Estado do Ceará argumentou que o Poder Judiciário não deve substituir a banca examinadora para avaliar respostas e notas atribuídas, alegando violação ao princípio da separação dos poderes.

Decisão do Tribunal de Origem:

O Tribunal de Justiça do Ceará anulou várias questões do concurso, entendendo que elas possuíam mais de uma resposta correta e que a banca examinadora desconsiderou a literatura indicada no edital.

Fundamentação do STF:

O STF reafirmou que não compete ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora para reexaminar o conteúdo das questões e os critérios de correção utilizados, salvo em casos de ilegalidade ou inconstitucionalidade. O Tribunal destacou que o controle judicial deve se limitar à verificação da conformidade das questões com o edital, sem adentrar no mérito das respostas.

5.2.2.3 Aplicação do princípio da juridicidade administrativa: Identificação de como o princípio foi aplicado e interpretado no caso específico

O princípio da juridicidade administrativa foi aplicado no caso pela lição do Ministro Luiz Fux:

> 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.

Originou-se do voto do Ministro Luiz Fux que a noção de juridicidade administrativa implica na vinculação da Administração Pública direitamente à Constituição e seus princípios, superando o positivismo legalista.

Interpretação do STF:

O STF interpretou que a intervenção judicial deve ser limitada, respeitando a autonomia administrativa e a separação dos poderes. O Tribunal enfatizou que a revisão judicial deve ocorrer apenas para garantir que as questões do concurso estejam de acordo com o edital e não para substituir a avaliação técnica da banca examinadora. Todavia, restou apontado pelo Ministro Luiz Fux que nas decisões judiciais deve ser respeita da a densidade normativa dos princípios constitucionais.

5.2.2.4 Comentários críticos: Reflexões sobre a decisão e suas implicações para o Direito Administrativo

A decisão do STF reforça a importância de respeitar a autonomia das bancas examinadoras em concursos públicos, limitando a intervenção judicial a casos de evidente ilegalidade ou inconstitucionalidade.

O julgado estabelece ainda um precedente importante para a aplicação do princípio da juridicidade administrativa, delimitando claramente os limites do controle judicial sobre atos administrativos. A inserção da tese de repercussão geral é a grande contribuição para o Direito administrativo, bem como o manejo do entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso que "moderna concepção de graus de vinculação à juridicidade não importa em supressão ou controle do mérito do ato administrativo. Trata-se, a rigor, de **mero estreitamento** do espaço de escolha administrativa."

5.2.3 Recurso Extraordinário 381.367 Rio Grande do Sul, de 26 de outubro de 2016 - Relator: Ministro Marco Aurélio[345]

5.2.3.1 Resumo do Caso: Contextualização do Caso e das Partes Envolvidas

O Recurso Extraordinário 381.367 foi interposto por Lúcia Costella e outros contra decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), que negou o pedido de revisão dos proventos de aposentadoria com base nos 36 últimos salários de contribuição. Os recorrentes alegaram a inconstitucionalidade do § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91, que veda aos aposentados que retornam à atividade o recebimento de qualquer prestação adicional, exceto salário-família e reabilitação profissional.

5.2.3.2 Exame dos Argumentos Jurídicos Apresentados e da Fundamentação Utilizada pelo STF

Argumentos dos Recorrentes:

Os recorrentes argumentaram que o § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91 é inconstitucional, pois impede que as contribuições previdenciárias feitas após a aposentadoria repercutam no benefício do segurado. Alegaram que a norma viola o princípio da contributividade e a dignidade da pessoa humana, ao não permitir a revisão dos proventos de aposentadoria com base nas novas contribuições.

Fundamentação do STF:

O STF analisou os seguintes pontos:

Solidariedade e Contributividade do Regime Previdenciário:

O regime previdenciário brasileiro é solidário e contributivo, conforme estabelecido na Constituição Federal.

A norma do § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91, que veda aos aposentados que retornam à atividade o recebimento de qualquer prestação adicional, exceto salário-família e reabilitação profissional, não apresenta inconstitucionalidade.

Competência Legislativa:

A Constituição Federal remete à legislação ordinária a definição das hipóteses em que as contribuições previdenciárias repercutem na concessão dos benefícios.

---

[345] Direito Constitucional. Direito Previdenciário. Desaposentação. Revisão da aposentadoria. Constitucionalidade do § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91. Rejeição da tese da interpretação conforme para admitir a revisão do valor da aposentadoria. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Somente a lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo previsão legal para a desaposentação.

Tese de Repercussão Geral:

O STF aprovou a tese de repercussão geral de que, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente a lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

5.2.3.3 Aplicação do princípio da juridicidade administrativa: Identificação de como o princípio foi aplicado e interpretado no caso específico

O ministro Luís Roberto Barroso insere um esclarecimento no qual apresenta importante análise sobre a legalidade e juridicidade administrativas:

> Penso que não há um problema de legalidade, com todas as vênias do Ministro Fux, e acho que o princípio da legalidade, de longa data, já não significa mais que o administrador só pode fazer aquilo que a lei expressamente disse. Que só é vedado ao particular o que a lei interdita, certamente, mas a ideia de que o administrador só possa fazer alguma coisa que a lei autorize é um conceito historicamente, modernamente superado por uma ideia mais ampla que é o princípio da juridicidade, que supera o da legalidade, em que se aplica não uma norma específica, mas o sistema jurídico.

Ainda cita os autores Paulo Otero e Gustavo Binenbojm para dizer que toda a evolução do pensamento sobre o tema leva ao reconhecimento que a ideia de legalidade foi substituída pela de juridicidade, a qual inclui os princípios constitucionais e a interpretação sistemática do ordenamento.

5.2.3.4 Comentários Críticos: Reflexões sobre a decisão e suas implicações para o Direito Administrativo

A decisão do STF reafirma a importância do princípio da legalidade na criação de benefícios previdenciários. Ao negar provimento ao recurso, o STF destacou que a desaposentação não possui previsão legal e que a norma do § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91 está em conformidade com a Constituição Federal.

O Ministro Luís Roberto Barroso, porém, fez um esclarecimento no qual defendeu a aplicação do princípio da juridicidade em vez do princípio da legalidade estrita. Barroso destacou a importância de distinguir entre o silêncio eloquente do legislador e a omissão, para dizer que no caso de omissão, é necessário interpretar os princípios

do sistema para sanar a lacuna, contribuindo assim a Administração para a proteção dos direitos dos cidadãos.

5.2.4 Recurso Extraordinário 661.256 Santa Catarina, de 27 de outubro de 2016 – Relator: Ministro Luís Roberto Barroso[346]

Este Recurso Extraordinário "Cuida-se, na origem, de ação pelo rito ordinário ajuizada por segurado em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. A discussão envolve o que tem sido apelidado de 'desaposentação'".

Ao proferir o seu voto vista, a Ministra Rosa Weber lançou mão da **juridicidade administrativa** ao afirmar que na ausência de previsão da possibilidade de desfazimento da mensalidade previdenciária para a obtenção de um benefício mais vantajoso não significava a inexistência desse direito, pois, "A indigitada possibilidade - norteada pela observância do interesse público e do alcance de um ideal de justiça social – encontra abrigo no princípio da juridicidade administrativa que superou o princípio da legalidade estrita, hoje relativizado por aquele.".

O Ministro Luís Roberto Barroso faz um esclarecimento:

> acho que o princípio da legalidade, de longa data, já não significa mais que o administrador só pode fazer aquilo que a lei expressamente disse. Que só é vedado ao particular o que a lei interdita, certamente, mas a ideia de que o administrador só possa fazer alguma coisa que a lei autorize é um conceito historicamente, modernamente superado por uma ideia mais ampla que é o princípio da juridicidade, que supera o da legalidade, em que se aplica não uma norma específica, mas o sistema jurídico. Portanto, toda a evolução do pensamento moderno - Paulo Otero, em Portugal; no Brasil, Gustavo Binembojm tem um trabalho sobre isso - substitui a ideia de legalidade pela ideia de juridicidade, que inclui, evidentemente, os princípios constitucionais e a interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Arrematou o Ministro Luiz Fux em resposta ao Ministro Barroso que o princípio da juridicidade "é hoje o princípio reinante na Administração Pública, moderno, no Direito Administrativo.".

---

346 Constitucional. Previdenciário. Parágrafo 2º do art. 18 da Lei 8.213/91. Desaposentação. Renúncia a anterior benefício de aposentadoria. Utilização do tempo de serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária. Obtenção de benefício mais vantajoso. Julgamento em conjunto dos RE nºs 661.256/sc (em que reconhecida a repercussão geral) e 827.833/sc. Recursos extraordinários providos.

Em resposta ao Ministro Fux, o Ministro Barroso afirmou que "no Supremo: nepotismo, uniões homoafetivas, anencefalia, tudo isso foi juridicidade, sem lei, sem legalidade.".

5.2.4.1 Resumo do caso: Contextualização do Caso e das Partes Envolvidas

O Recurso Extraordinário (RE) 661.256/SC, julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), trata da possibilidade de "desaposentação", ou seja, a renúncia a um benefício de aposentadoria previamente concedido para a obtenção de um novo benefício mais vantajoso, utilizando-se do tempo de contribuição adicional vertido após a concessão da aposentadoria original.

5.2.4.2 Exame dos Argumentos Jurídicos Apresentados e da Fundamentação Utilizada pelo STF

Argumentos a Favor da Desaposentação:

A aposentadoria é um direito patrimonial disponível, o que permitiria ao segurado renunciar a ela para obter um benefício mais vantajoso;

Não há vedação expressa na legislação que impeça a desaposentação.

A desaposentação estaria em conformidade com os princípios constitucionais de dignidade da pessoa humana e justiça social.

Argumentos Contra a Desaposentação:

No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente a lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias. A ausência de previsão legal específica para a desaposentação impede o reconhecimento desse direito;

O sistema previdenciário brasileiro é baseado nos princípios da solidariedade e distributividade, o que justifica a vedação à desaposentação sem previsão legal;

A concessão de um novo benefício poderia violar a garantia do ato jurídico perfeito, uma vez que a aposentadoria original foi concedida com base em regras vigentes à época.

5.2.4.3 Aplicação do princípio da juridicidade administrativa: Identificação de como o princípio foi aplicado e interpretado no caso específico

No julgamento do RE 661.256/SC, prevaleceu o entendimento de que a criação de novos benefícios previdenciários deve ser feita por meio de lei específica.

O Ministro Luís Roberto Barroso argumentou que a interpretação do sistema jurídico deve considerar os princípios constitucionais e a ausência de vedação expressa. Ele defendeu que, na ausência de uma proibição explícita, a desaposentação poderia ser permitida com base nos princípios do sistema previdenciário.

5.2.4.4 Comentários críticos: Reflexões sobre a decisão e suas implicações para o Direito Administrativo

A decisão do STF de não reconhecer a desaposentação sem previsão legal específica reforça a importância do princípio da legalidade no direito previdenciário.

A decisão pode ser vista como excessivamente rígida, ignorando a possibilidade de interpretar o sistema previdenciário de maneira mais flexível e alinhada aos princípios constitucionais de dignidade e justiça social.

A negativa à desaposentação pode prejudicar segurados que continuaram contribuindo para o sistema após a aposentadoria, sem obter um benefício proporcional ao seu esforço adicional.

O registro da discordância do Ministro Luís Roberto Barroso, porém, abriu espaço para a discussão sobre o princípio da juridicidade que não mais pode ser ignorado no atual sistema brasileiro.

5.2.5 Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.239 Distrito Federal, de 08 de fevereiro de 2018 – Relator: Ministro Cezar Peluso[347]

5.2.5.1 Resumo do Caso: Contextualização do Caso e das Partes Envolvidas

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.239 foi proposta pelo partido político Democratas (DEM) contra o Decreto nº 4.887/2003, que estabelece o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos.

[347] ação direta de inconstitucionalidade. Decreto nº 4.887/2003. Procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos. Ato normativo autônomo. Art. 68 do adct. Direito fundamental. Eficácia plena e imediata. Invasão da esfera reservada a lei. Art. 84, iv e vi, "a", da cf. Inconstitucionalidade formal. Inocorrência. Critério de identificação. Autoatribuição. Terras ocupadas. Desapropriação. Art. 2º, caput e §§ 1º, 2º e 3º, e art. 13, caput e § 2º, do decreto nº 4.887/2003. Inconstitucionalidade material. Inocorrência. Improcedência da ação.

5.2.5.2 Exame dos Argumentos Jurídicos Apresentados e da Fundamentação Utilizada pelo STF

O DEM argumentou que o Decreto nº 4.887/2003 invadia a esfera reservada à lei, violando o princípio da legalidade (art. 84, IV e VI, "a", da CF). Alegou ainda que o critério de autoatribuição para identificação das comunidades quilombolas e a desapropriação de terras previstas no decreto eram inconstitucionais.

O STF, ao julgar a ADI, decidiu pela constitucionalidade do Decreto nº 4.887/2003. A Corte utilizou a seguinte fundamentação:

Natureza do Decreto:

O Decreto nº 4.887/2003 é um ato normativo autônomo que extrai seu fundamento de validade diretamente da Constituição, especificamente do art. 68 do ADCT, que assegura o direito dos remanescentes das comunidades dos quilombos à propriedade das terras que ocupam.

Critério de Autoatribuição:

A autoatribuição como critério de identificação das comunidades quilombolas é constitucional e está em conformidade com a Convenção 169 da OIT, que consagra a "consciência da própria identidade" como critério para determinar os grupos tradicionais.

Desapropriação:

A Constituição não reputa nulos ou extintos os títulos de terceiros incidentes sobre as terras ocupadas por quilombolas, exigindo, portanto, o procedimento expropriatório para regularização do registro.

Legalidade e Reserva de Lei:

O Decreto não viola o princípio da legalidade ou a reserva de lei, pois regulamenta diretamente o art. 68 do ADCT, que possui eficácia plena e imediata.

5.2.5.3 Aplicação do princípio da juridicidade administrativa: Identificação de como o princípio foi aplicado e interpretado no caso específico

O STF, por maioria, conheceu da ação e julgou improcedentes os pedidos, mantendo a validade do Decreto nº 4.887/2003.

O Ministro Luís Roberto Barroso deixou registrado em seu voto:

> A ideia do princípio da legalidade, como sempre exigindo a interposição do legislador, foi progressivamente sendo superada por um conceito mais amplo, que é o de juridicidade, e que, portanto, permite ao administrador, por atos administrativos, concretizar diretamente a Constituição independentemente da interposição do legislador, tanto a Constituição quanto o bloco de constitucionalidade, se considerarmos os tratados internacionais que venham a ser incorporados.

5.2.5.4 Comentários críticos: Reflexões sobre a decisão e suas implicações para o Direito Administrativo

A decisão reafirma a possibilidade de o Poder Executivo editar regulamentos autônomos com base direta na Constituição, sem necessidade de intermediação legislativa, desde que não haja reserva de lei específica.

Também, em linha com o pensamento moderno de submissão direta de todos os atos à Constituição, o voto do Ministro Luís Roberto Barroso traz a importante lição:

> Como é de conhecimento geral, a visão tradicional acerca da sujeição da atividade administrativa à legalidade se encontra superada. A Administração Pública está vinculada não apenas à lei formal, mas também - e sobretudo - a um bloco normativo conhecido como juridicidade, no qual, de certo, se inclui a Constituição, que é a norma de maior hierarquia do ordenamento jurídico, à qual todo o Poder Público está vinculado. Se a própria Constituição traz todos os elementos necessários à aplicação de um comando, não há qualquer sentido em exigir lei formal - a menos que o propósito seja tão-somente retardar o seu cumprimento.

O Ministro Barroso cita ainda Gustavo Binenbojm para afirmar a presente vinculação da Administração diretamente à Constituição:

> É que a moderna noção de legalidade administrativa não mais se afeiçoa aos dogmas clássicos do liberalismo burguês oitocentista, que explicava a atividade da Administração Pública como inexoravelmente dependente da lei formal. Tal compreensão teórica, antes de tudo historicamente inverossímil, há de ser, agora, cientificamente abandonada haja vista a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade[348].

5.2.6 *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.852 Mato Grosso do Sul, de 24 de agosto de 2020 – Relator: Ministro Dias Toffoli*

[348] BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 36.

5.2.6.1 Resumo do Caso: Contextualização do Caso e das Partes Envolvidas

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.852 foi proposta pela Confederação Brasileira de Trabalhadores Policiais Civis (COBRAPOL) contra o Decreto nº 14.827, de 28 de agosto de 2017, do Estado de Mato Grosso do Sul. O decreto impôs restrições ao exercício da liberdade de reunião no Parque dos Poderes, área que concentra a organização político-administrativa do estado.

5.2.6.2 Exame dos Argumentos Jurídicos Apresentados e da Fundamentação Utilizada pelo STF

Argumentos do Requerente:

A COBRAPOL argumentou que o Decreto nº 14.827/2017 violava o direito fundamental de reunião, previsto na Constituição Federal, ao impor restrições desproporcionais e sem base legal adequada. Alegou que o decreto criava tipos normativos específicos para o Parque dos Poderes, limitando a liberdade de manifestação e reunião de forma incompatível com os princípios constitucionais.

Fundamentação do STF:

O STF, ao julgar a ADI, decidiu pela inconstitucionalidade do Decreto nº 14.827/2017. A Corte utilizou a seguinte fundamentação:

Liberdade de Reunião:

A liberdade de reunião é essencial para a criação de um ambiente democrático, permitindo ao cidadão desempenhar seu papel de cointérprete da Constituição e criar agendas sociais independentes dos interesses político-partidários hegemônicos.

Visibilidade e Comunicação:

A liberdade de reunião alcança visibilidade e comunica sua mensagem quando realizada de forma que possa ser inconveniente para não-participantes, desde que razoável e não-violenta. Tais manifestações devem ser toleradas pelo Estado e pela sociedade.

Posição Privilegiada das Liberdades Comunicativas:

As liberdades comunicativas ocupam uma posição privilegiada no sistema jurídico brasileiro, exigindo que eventuais limitações estejam em harmonia com outros valores constitucionais e recebam um ônus argumentativo qualificado.

Medidas Restritivas do Decreto:

As restrições do decreto proibiam manifestações no Parque dos Poderes, impedindo o uso de comunicação visual (cartazes) e auditiva (ruídos), o que inviabilizava a transmissão da mensagem motivadora da reunião.

Vedação de Perturbação:

A vedação de qualquer ato que pudesse perturbar a atividade laboral, o acesso ao serviço público, o trânsito de veículos e pessoas, ou causar degradação ambiental, concedia uma carta-branca para a restrição do uso do bem público com base em juízo de conveniência e oportunidade das autoridades, subordinando a realização de reuniões públicas à discricionariedade administrativa.

Criação de Tipos Sancionadores:

O Poder Executivo criou tipos sancionadores que inovavam na ordem jurídica e restringiam o núcleo essencial do direito fundamental de reunião, sem fundamento legal que delineasse princípios inteligíveis para guiar sua aplicação e controle.

Desproporcionalidade e Segurança Jurídica:

As sanções do decreto incidiam exclusivamente sobre condutas no centro administrativo de Campo Grande, sobrepondo-se a outros tipos sancionadores já existentes, violando os princípios da segurança jurídica e da proporcionalidade. O fim almejado pelo administrador parecia ser a vedação ampla de manifestações políticas, culturais e sociais nas imediações das sedes dos Poderes estaduais.

5.2.6.3 Aplicação do princípio da juridicidade administrativa: Identificação de como o princípio foi aplicado e interpretado no caso específico

O STF, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ADI para declarar a inconstitucionalidade do Decreto nº 14.827/2017.

A decisão reafirma a necessidade de que limitações a direitos fundamentais, como a liberdade de reunião, sejam proporcionais, razoáveis e baseadas em fundamentos legais claros e inteligíveis.

5.2.6.4 Comentários críticos: Reflexões sobre a decisão e suas implicações para o Direito Administrativo

A decisão limita a discricionariedade administrativa na imposição de restrições ao direito de reunião, exigindo que qualquer limitação seja justificada e compatível com os princípios constitucionais.

O Ministro Luiz Fux, ao proferir voto-vista, informa conhecer o debate doutrinário acerca da constitucionalidade dos decretos autônomos, no contexto da atual "*crise da lei formal*", expressão que segundo ele espelha a ideia do descrédito da lei estrita como expressão da vontade geral, e, na sequência, cita Gustavo Binenbojm: "A esse fenômeno, soma-se a constitucionalização do Direito Administrativo, que legitima a atuação criativa da Administração Pública para a concretização de direitos e garantias fundamentais com esteio na ideia de juridicidade"[349].

5.2.7 Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.645 Distrito Federal, de 12 de setembro de 2023 – Relator: Ministro Luiz Fux[350]

No acórdão da presente ADI que trata da lei que instituiu o regime diferenciado de contratações públicas, Lei 12.462/2011 está registrado, em seu parágrafo 32 que "*O princípio da legalidade, contemporaneamente, tem sido interpretado em sua acepção de juridicidade.*".

O Ministro Luiz Fux, relator da presente ADI afirma que a divisão entre atos administrativos vinculados e atos discricionários já não encontra guarida na doutrina mais contemporânea, que prefere abordar o tema à luz dos graus de vinculação à juridicidade.

Nesse sentido, com o fim de fundamentar seu voto, cita os ensinamentos de Gustavo BINENBOJM:

> A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição não mais permite falar, tecnicamente numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. A discricionariedade não é destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos.
>
> [...]

---

349 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

350 Trata-se do julgamento conjunto de duas ações diretas de inconstitucionalidade, autuadas sob os números 4.655 e 4.645 e ajuizadas, a primeira, pela Procuradoria-Geral da República e, a segunda, pelo Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB, pelo Democratas – DEM e pelo Partido Popular Socialista – PPS, tendo por objeto a Lei 12.462/2011 (Lei de conversão da Medida Provisória 527/2011), que dispôs sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, bem como suas posteriores alterações.

Assiste-se, pois, a uma mudança dos parâmetros de controle da atividade administrativa: o princípio da legalidade cede espaço à incidência direta dos princípios, ou seja, à ideia mais ampla de juridicidade[351].

5.2.7.1 Resumo do Caso: Contextualização do Caso e das Partes Envolvidas

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.645 foi ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) e outros, questionando a constitucionalidade da Lei 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). O RDC foi criado para agilizar e desburocratizar processos de licitação e contratação pública, inicialmente focado em obras e serviços relacionados à Copa do Mundo de 2014 e aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016.

5.2.7.2 Exame dos Argumentos Jurídicos Apresentados e da Fundamentação Utilizada pelo STF

Argumentos dos Requerentes:

Os requerentes alegaram que a Lei 12.462/2011 violava o princípio da legalidade ao conferir excessiva discricionariedade ao Poder Executivo na escolha do regime licitatório a ser adotado. Argumentaram que as hipóteses descritas nos incisos do art. 1º da Lei eram vagas e imprecisas, permitindo ao Executivo liberdade total na escolha do regime de licitação.

Fundamentação do STF:

O STF, por meio do voto do Ministro Luiz Fux, analisou os seguintes pontos:

Constitucionalidade Material:

A Lei 12.462/2011 foi considerada constitucional, pois visava aumentar a celeridade e desburocratização do processo de licitação, além de criar incentivos para o cumprimento mais racional do contrato administrativo;

A contratação integrada e a remuneração variável foram vistas como mecanismos para incrementar a racionalidade econômica e a eficiência do contrato administrativo.

Princípio da Publicidade:

---

[351] BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. P. 220, 221.

A publicidade diferida do orçamento estimado para a contratação pública não afronta o princípio da publicidade, pois visa evitar o inflacionamento artificial ou a combinação indevida dos preços constantes nas propostas.

Princípio da Legalidade:

O STF interpretou o princípio da legalidade em sua acepção contemporânea de juridicidade, reconhecendo que a Lei 12.462/2011 estabelecia standards legais mínimos compatíveis com a noção de leis-quadro.

A norma legal não define de modo cabal e específico todas as hipóteses de aplicação do RDC, mas traça objetivos e diretrizes a serem alcançados, exigindo a motivação do administrador na escolha do regime licitatório.

5.2.7.3 Aplicação do Princípio da Juridicidade Administrativa: Identificação de como o princípio foi aplicado e interpretado no caso concreto

O princípio da juridicidade administrativa foi aplicado ao reconhecer que a Lei 12.462/2011, embora conferisse certa discricionariedade ao administrador, estabelecia objetivos e diretrizes claras para a sua atuação. A decisão destacou que a juridicidade envolve a vinculação direta da Administração à Constituição, permitindo diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.

5.2.7.4 Comentários críticos: Reflexões sobre a decisão e suas implicações para o Direito Administrativo

A decisão do STF na ADI 4.645 reforça a importância de um equilíbrio entre a discricionariedade administrativa, que deve ser exercida dentro dos limites da juridicidade, e o controle judicial. Ao validar a Lei 12.462/2011, o STF reconheceu a necessidade de flexibilidade na administração pública para atender às demandas contemporâneas, sem renunciar ao controle e da transparência.

O relator, ministro Luiz Fux afirma que "o princípio da legalidade, contemporaneamente, tem sido interpretado em sua acepção de juridicidade".

5.3 Considerações sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do princípio da juridicidade administrativa

Quadro 1 - Resumo da aplicação da juridicidade administrativa pelo stf nos julgados analisados

PROCESSO	DATA	MENÇÃO RELEVANTE À JURIDICIDADE	MINISTRO
Reclamação 11.243	08/06/2011	*O pós-positivismo jurídico, conforme argutamente aponta Gustavo Binenbojm, "não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade"*	**Luiz Fux**
RE 632.853	23/04/2015	*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.*	**Luiz Fux**
RE 381.367	26/10/2016	*Que só é vedado ao particular o que a lei interdita, certamente, mas a ideia de que o administrador só possa fazer alguma coisa que a lei autorize é um conceito historicamente, modernamente superado por uma ideia mais ampla que é o princípio da juridicidade, que supera o da legalidade, em que se aplica não uma norma específica, mas o sistema jurídico. Portanto, toda a evolução do pensamento moderno - Paulo Otero, em Portugal; no Brasil, Gustavo Binembojm tem um trabalho sobre isso - substitui a ideia de legalidade pela ideia de juridicidade, que inclui, evidentemente, os princípios constitucionais e a interpretação sistemática do ordenamento jurídico.*	**Luís Roberto Barroso**
RE 661.256	27/10/2016	*para a obtenção de um benefício mais vantajoso – não significa, data vênia, a inexistência desse direito, à medida que não vedado pela lei ou pelos princípios inerentes ao ordenamento jurídico esse desfazimento. Ao contrário, o mencionado intento encontra amparo, na ausência de lei explícita, nos princípios do sistema previdenciário. A indigitada possibilidade - norteada pela observância do interesse público e do alcance de um ideal de justiça social - encontra abrigo no princípio da juridicidade administrativa que superou o princípio da legalidade estrita, hoje relativizado por aquele.*	**Rosa Weber**
ADI 3.239	08/02/2018	*A ideia do princípio da legalidade, como sempre exigindo a interposição do legislador, foi progressivamente sendo superada por um conceito mais amplo, que é o de juridicidade, e que, portanto, permite ao administrador, por atos administrativos, concretizar diretamente a Constituição independentemente da interposição do legislador, tanto a Constituição quanto o bloco de constitucionalidade, se considerarmos os tratados internacionais que venham a ser incorporados.*	**Luís Roberto Barroso**
ADI 5.852	24/08/2020	*A esse fenômeno, soma-se a constitucionalização do Direito Administrativo, que legitima a atuação criativa da Administração Pública para a concretização de direitos e garantias fundamentais com esteio na ideia de juridicidade*	**Luiz Fux**

PROCESSO	DATA	MENÇÃO RELEVANTE À JURIDICIDADE	MINISTRO
ADI 4.645	12/09/2023	*É preciso ter em conta, em vista disso, que a divisão binária entre atos vinculados e discricionários, tradicional no Direito Administrativo, é alvo de pertinentes críticas, na doutrina mais contemporânea, que prefere tratar a temática sob o prisma dos graus de vinculação à juridicidade*	**Luiz Fux**

RE: recurso Extraordinário. ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Em face dos julgados aqui apresentados e do quadro-resumo confeccionado com o objetivo de melhor apresentar as principais manifestações do STF relativas à juridicidade administrativa, pode-se observar que o tema da adoção do princípio da juridicidade administrativa pela Administração Pública encontra defesa em alguns dos ministros do Supremo Tribunal Federal e, aos poucos vem se tornando parte do discurso corrente, sem enfrentar maiores objeções.

Deve ser ressaltado, porém, que o princípio da legalidade continua sendo aplicado amplamente no âmbito da Corte constitucional brasileira, sobretudo à vista da importância histórica desse princípio para a Administração Pública, como demonstrado na pesquisa.

Exemplo da insistente aplicação do princípio da legalidade atualmente é o Tema de Repercussão Geral 335/2010, que trata da remarcação de teste de aptidão física em concurso público.

O caso sob análise pelo STF tratava de mandado de segurança em que o impetrante requereu a remarcação de prova de aptidão física referente ao concurso público para o Cargo de Agente da Polícia Federal, em virtude da ocorrência de caso fortuito e força maior, caracterizado por problemas temporários de saúde, comprovados por atestado médico.

O Ministro Relator, Gilmar Mendes, verificando a ocorrência da repercussão geral, submeteu o caso ao plenário do STF para que fossem aplicados os efeitos legais da repercussão geral, nos seguintes termos:

> A possibilidade de remarcação de teste de aptidão física para data diversa da estabelecida por edital de concurso público, em virtude de força maior que atinja a higidez física do candidato, devidamente comprovada mediante documentação idônea, é questão que deve ser minuciosamente enfrentada à luz do princípio da isonomia e de outros princípios que regem a atuação da Administração Pública. A controvérsia constitucional não se restringe ao caso concreto descrito no recurso e sua solução, por meio da decisão definitiva deste Supremo Tribunal Federal, produzirá norma cuja hipótese de incidência abarcará todo concurso público que contenha prova

> de exame de aptidão física. O assunto alcança, certamente, grande número de interessados, sendo necessária a manifestação desta Corte para a pacificação da matéria.

No ano de 2013, ao julgar o Recurso Extraordinário 630.733 Distrito Federal, que deu origem à repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal proferiu o seguinte acórdão:

> Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria e nos termos do voto do Relator, negar provimento ao recurso, mas reconhecer a inexistência de direito de candidatos à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física, em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior, salvo contrária disposição editalícia; e, assegurar a validade das provas de segunda chamada até a data deste julgamento. Vencido o Ministro Marco Aurélio que desprovia o recurso, com consequências diversas, e quanto ao regime da repercussão geral ao caso.

Dessa forma, restou decidido que não há direito à remarcação de teste de aptidão física em concurso público, salvo disposição contrária do edital, mesmo que a situação seja de força maior ou fisiológica. Observa-se na decisão verdadeiro apego à estrita legalidade, ainda que com prejuízo à dignidade da pessoa humana.

Outro exemplo de atuação do STF em linha com a legalidade estrita é o Tema de Repercussão Geral 485 Controle jurisdicional do ato administrativo que avalia questões em concurso público.

Nessa Repercussão Geral, originada do Recurso Extraordinário 632.853/2015 – Ceará, o Supremo "fixou a tese de que os critérios adotados por banca examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Poder Judiciário."

Restou claro, mais uma vez, que o princípio da legalidade ainda exerce força extrema ao serem analisados os atos administrativos, nesses casos, em especial os concursos públicos, uma demonstração de apego ao velho princípio, que não mais representa os anseios de uma sociedade democrática, no cenário do pós-positivismo e neoconstitucionalismo.

Ao nosso sentir, a aplicação do princípio da juridicidade administrativa não é tema que necessite de unanimidade dos membros da Corte Suprema, vez que decorre da

constitucionalização do Direito, tema já solidificado nos jugados daquela Casa. Assim, paralelo à arraigada aplicação do princípio da legalidade, reputamos comprovado o acolhimento do princípio da juridicidade administrativa pelo STF, restando ao Administrador Público conhecer do tema e aplicá-lo em suas decisões, a fim de que elas representem o agir de uma Administração Pública democrática.

Passagens como a que o Ministro Luiz Fux afirma a submissão da Administração Pública à Constituição e seus princípios, que o princípio reinante hoje na Administração Pública é princípio da juridicidade e a citação da Ministra Rosa Weber ao apontar que o princípio da juridicidade administrativa superou o princípio da legalidade estrita, reforçam que este é o discurso corrente no Supremo.

Como suporte a todas essas posições, encontra-se o Ministro Luíz Roberto Barroso, para quem ideia de que o administrador só possa fazer alguma coisa que a lei autorize é um conceito historicamente, modernamente superado por uma ideia mais ampla que é o princípio da juridicidade, que supera o da legalidade, em que se aplica não uma norma específica, mas o sistema jurídico.

A adoção da metodologia acima tornou possíveis uma seleção criteriosa e uma análise aprofundada dos julgados do Supremo Tribunal Federal que abordam o princípio da juridicidade administrativa, bem como permitiu identificar nos julgados a aplicação interpretativa do princípio da juridicidade administrativa pela Corte, como forma de proteger os direitos fundamentais, em linha com o atual momento do pós-positivismo e da constitucionalização do direito, notadamente do Direito Administrativo, corroborando os conhecimentos aqui apresentados.

Conclui-se, entretanto, a partir da análise dos julgados acima referidos, os quais representam uma amostra significativa da abordagem do tema juridicidade administrativa pelo Supremo Tribunal Federal, que a Corte Constitucional **não possui um entend**imento uníssono acerca do tema. A abordagem altera-se a depender da autoridade julgadora, gravitando entre os que mantém um entendimento firmado na legalidade administrativa e aqueles que expressam um entendimento que os tempos mudaram e que a juridicidade administrativa deve ser aplicada pela Administração Pública em conformidade com o atual momento constitucional, qual seja, o neoconstitucionalismo.

Percebe-se que não há a observância pelo STF de todos os elementos do conteúdo jurídico do princípio da juridicidade administrativa. As decisões da Corte focam, principalmente *(i)* na vinculação aos princípios constitucionais, *(ii)* respeito aos

Direitos Fundamentais, *(iii)* princípio da legalidade administrativa e *(iv)* princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade. Mas não adentram na essência da juridicidade conforme explicitado em *(v)* princípios da razoabilidade qualificada e *(vi)* valor jurídico-axiomático.

Importante assentar que, mesmo existindo posições diversas entre os ministros do STF ao abordarem o tema da legalidade x juridicidade administrativa, observa-se a existência de um grupo que aplica o princípio da legalidade administrativa em seus julgados, conformado com o *status quo ante* e outro grupo, mais alinhado com os novos tempos, que aplica de pronto o princípio da juridicidade administrativa aos processos sob sua análise. Por tratar-se de um caminhar, aguardamos que em algum momento as visões se harmonizem no sentido de um completo entendimento, aceitação e orientação a que a Administração Pública lance mão do novel princípio da juridicidade administrativa em seus atos e decisões, à vista de concretizar direitos fundamentais.

6 Conclusão

O princípio da legalidade desde a sua origem remete ao sentido de norma e, para o Direito, de norma jurídica, que com o advento do Estado de Direito passou a ser positivada, na grande maioria dos países ocidentais.

O conteúdo da norma reveste-se de diversos significados com o correr da história e assunção pelos países de diversas formas de Estado, de governo e sistemas de governo.

Embora as normas sempre tenham existido nos ambientes de convívio social, na Antiguidade e Idade Média, não era possível falar em princípio da legalidade nos moldes conhecidos hoje, muitos menos em uma legalidade na Administração Pública.

Houve um tempo em que o Direito Natural gozou de grande prestígio, alimentado pelas reflexões dos filósofos em busca de descortinar as razões primeiras da natureza e do ser humano.

Nesse viés, as noções de justiça, do bem e do mal, gozavam de primazia, como aqueles conceitos inerentes ao ser humano enquanto humano, independente de características endógenas ou sociais.

Os direitos naturais mais caros, como a vida e a segurança deveriam ser protegidos mesmo no estado de natureza e, como não pudessem ser resguardados pelo próprio detentor, surge a necessidade de constituição do Estado, que encontrou, então, a sua própria razão de ser neste dever de proteção.

A incapacidade da maioria dos homens de compreender esse estado de natureza pré-existente, com suas normas e âmbito de proteção irrecusáveis, levou ao estabelecimento de uma linha de corte que tinha como premissa o alcance dos olhos desses pensadores. Nascia o historicismo com toda a negação dos direitos inerentes ao homem desde sempre, com o consequente sepultamento do naturalismo.

Com o fortalecimento das cidades e o descontentamento com as atrocidades cometidas pelos monarcas e senhores feudais, a luta por espaços na ordem social levou ao surgimento do Estado Moderno, com suas bandeiras de proteção aos direitos fundamentais do homem e positivação desses direitos. Valia o que estava escrito e o mundo ocidental pós-revoluções americana e francesa encontrou o ponto de equilíbrio naquele momento histórico.

Movimentos sociais na Inglaterra a partir do século XIII, Colônias Inglesas da América e França do Século XVIII, trouxeram à lume o princípio da legalidade, a figura da Administração Pública e sua submissão a esse princípio, como forma de limitação do poder do Estado e garantia de espaço de liberdade aos cidadãos, reconhecidos como os destinatários dos direitos que não abriram mão, propositalmente, para a formação de um Estado que lhes protegesse e com o qual se identificassem, fosse por laços de nascimento, sangue ou outro por essas sociedades elegidos.

A Administração Pública, executora da vontade estatal, tornou-se o ambiente onde o princípio da legalidade, tão caro desde o Estado Moderno pode ser identificado e exercido, conforme as forças sociais o definiam em cada momento.

Assim sendo, no primeiro momento do surgimento desse Estado de Direito, era o princípio da legalidade administrativa a abstenção estatal de se imiscuir nas atividades privadas dos indivíduos. De aspiração burguesa, os cidadãos podiam fazer tudo o que a lei não proibida, ao passo que a Administração deveria manter-se em máxima inércia e quando chamada a agir, deveria abster-se de fazer o que a lei proibia.

Por conseguinte, esse princípio da legalidade administrativa levou a desmando dos detentores da propriedade e dos meios de produção, bem como a uma discricionariedade administrativa que favorecia à nobreza ainda reticente em reconhecer que o *ancien régime* havia colapsado.

Reclames sociais tiveram o condão de levar o Estado a adotar postura ativa na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, dando origem ao Estado Social de Direito. A Administração Pública, então, passa a vincular-se positivamente ao princípio da legalidade, somente podendo fazer aquilo que a lei a determinasse a fazer. Por outro lado, a discricionariedade administrativa também estava inserida na lei.

As gerações de direitos se sucedem, evoluindo dos iniciais direitos de liberdade para os direitos de igualdade, até alcançar os direitos de fraternidade, colhidos dos ideais da revolução francesa, conforme ensinado pela Doutrina.

Vem o choque de realidade. Em nome de uma legalidade estrita, arrimada no positivismo, o mundo assiste a ascensão de tiranos e ao cometimento de barbaridades sem precedentes na história registrada.

O homem é mal desde o princípio e deve se submeter a leis divinas, pregam os cristãos. Outras vozes se levantam, dentre elas aquele sussurro original que nunca abandonou as mentes dos pensadores, o Naturalismo.

Então o Estado de Direito dá mostras de sua incapacidade para tutelar aqueles direitos mais caros aos cidadãos, tidos em um momento como de origem natural, evoluindo para uma origem legal.

Ergue-se o Estado Democrático de Direito, no qual o princípio da legalidade que nasceu material, evoluiu para formal, regressa a uma forma mista, material/formal ao reconhecer que não só a lei, mas também o direito como um todo deve ser posto em campo na busca por assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos.

Implicações muitas se sucedem, mas a mais alvissareira é o convite novamente do naturalismo para a festa. O neojusnaturalismo inaugura uma nova forma de conduzir do Estado, com foco nos direitos fundamentais do cidadão, esses, retirados da ordem constitucional que ganha força normativa.

E os princípios, antes apenas balizas distantes em um jogo de leis positivadas, ganham também conteúdo jurídico e passam a atuar, a par das leis, em busca do bem maior almejado pelo Estado Democrático Constitucional de Direito, a dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, o princípio da legalidade administrativa, que serviu como um bastião da Administração Pública no Estado de Direito entra em crise, não para desaparecer ou ser negado, mas para assumir novo papel de impulsionador do princípio da juridicidade administrativa, essencial nessa nova ordem jurídica.

Dessa forma a Administração Pública, nessa transição, assume status definitivamente constitucional, mas em uma constitucionalidade na qual a Norma Matriz tem força vinculante sobre todas as normas infraconstitucionais.

O princípio da legalidade administrativa, agora, pois estamos falando dos nossos dias, cede espaço ao princípio da juridicidade administrativa. A Administração deve continuar a sua vinculação à lei, mas antes tem que cotejar a aplicação da lei com as normas e princípios constitucionais, seja para aplicar a lei, dar-lhe o sentido que lhe der a Constituição ou até mesmo para negar a aplicação da lei por inconstitucionalidade.

Então, o princípio da legalidade foi adotado pela Administração da forma ditada pelo Estado liberal, passando pelo Estado social e culminando hoje com sua nova face no Estado Democrático Constitucional de Direito, qual seja, de preceptor do novel princípio da juridicidade administrativa.

Em acréscimo, o atuar da Administração Pública deve estar pautado pelos interesses sociais, seara onde o interesse público assume o significado coincidente com o interesse da sociedade à qual serve.

Desta maneira, o atual estágio de evolução do papel da Administração Pública, levou-a à condição de proatividade na busca pela concretização de direitos fundamentais, em um Estado hodiernamente nominado como Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Recapitulando, os fatos falam por si. A instituição do princípio da legalidade com o advento do Estado Moderno exerceu um papel de extrema importância na transição do absolutismo para o liberalismo, tornando possível a ascensão da burguesia aos postos mais altos do poder.

Ocorre que o tecido social é formado por muitas outras camadas, para além daqueles que detém a batuta do comando estatal, as quais, passado o inverno da extrema submissão e condição indigna de existência, organizam-se, mesmo que precariamente, de maneira a dar voz às suas necessidades mais íntimas de sobrevivência. As quais alargam-se na medida da conscientização das mutações dos fins do Estado.

Na primeira metade do século XX, em curto período de pouco mais de trinta anos, o mundo é sacodido por duas grandes guerras, as quais expõem as entranhas de toda a maldade humana de da fragilidade das amarras legais, instituídas com o fim de trazer segurança jurídica às relações sociais e proteger os cidadãos contra as investidas do Estado.

Isso porque, sob o manto da mais perfeita legalidade e diante dos olhares perplexos de todo o planeta, foram arquitetados planos por dirigentes de grandes nações que levaram à exploração, humilhação, aprisionamento, e por fim extermínio de milhões de seres humanos, dignos de toda proteção legal. Quando o mundo civilizado acordou, o estrago já estava consumado.

Os diversos seguimentos sociais movimentam-se a partir de então, a fim de encontrarem balizas mais fortes que a lei, capazes de assegurar a segurança, propriedade, dignidade, vida, dos cidadãos no Estado de direito.

A Constituição, documento primeiro do Estado, que outrora servia mais como inspiração do modelo de sociedade contratado, é vista, então como saída mais segura à crise de confiança gerada pelos eventos precitados.

As normas constitucionais, compostas pelas regras positivadas e pelos princípios, adquirem, então, força coercitiva, chamada de força normativa. E, a partir desse ponto, passam a pautar toda a vida social, incluindo, a feitura das leis, sua execução e os julgamentos decorrentes de sua aplicação.

A esse fenômeno deu-se o nome de pós-positivismo, por tratar-se de uma superação do positivismo clássico, não apenas no seu viés de confiança irrestrita na lei escrita, mas também pela mudança de paradigmas quanto à interpretação e aplicação dessas leis, fugindo de uma tentativa de se assemelhar a ciência do direito às ciências naturais na busca de uma resposta única e ideal decorrente do texto, para uma valoração quanto aos princípios éticos e morais da sociedade, com foco na dignidade do cidadão, subscritor, produtor e destinatário de tais normas.

Uma vez que a Constituição ocupou o centro do cenário jurídico, nomeia-se também esse fator de neoconstitucionalismo. Assim, pós-positivismo e neoconstitucionalismo assumem o comando dos rumos sociais, de mãos dadas.

A fim de arrematar esse alinhavar social, as cortes constitucionais são estruturadas com o *status* de "guardiães da Constituição", pois, serão elas as responsáveis por manter intacto o querer constitucional diante de afrontas internas e externas, legais, infralegais e supralegais.

Estabelecidas as novas regras, todos os ramos do direito passam a mirar a Constituição, e, num movimento vertical, tem seus mais essenciais princípios migrados para a Norma Máxima. Tal movimentação recebe o nome de constitucionalização do direito.

Os Estados que aderem à esse modelo passam a ser designados de Estados Constitucionais de Direito e as democracias nomeiam-se Estados Democráticos e Constitucionais de Direito.

O Direito Administrativo, aderindo à tendência, migra para a Constituição e, no caso brasileiro, tem os seus princípios fundamentais ali positivados em capítulo próprio.

A Administração Pública, então, vê-se imbricada nas normas constitucionais, tributária, então, de suas regras e princípios, esses positivados e não positivados, mas decorrentes do sistema jurídico.

Surge uma contradição a ser resolvida, a Administração Pública então submissa ao princípio da legalidade precisa desviar seu olhar para o texto constitucional, do que decorre um enfraquecimento das amarras da legalidade que a prendiam.

Como resposta necessária à contradição, vez que não é permitido a qualquer membro do corpo social agir ao arrepio do sistema jurídico, apresenta-se o princípio da juridicidade administrativa como o mais adequado a amparar a atuação administrativa no recém-inaugurado Estado Democrático e Constitucional de Direito.

Sendo o princípio da juridicidade administrativa aquele que obriga à atuação segundo a lei e o direito, trouxe então, respaldo para que a Administração paute seus atos na lei *strictu sensu* e nos princípios jurídicos, com foco naqueles oriundos da Constituição, baliza maior do seu agir.

Nesse novo contexto, a Administração Pública continuará a agir segundo a lei, desde que essa lei não contrarie a Constituição em sua totalidade. E mais, no vazio dessa lei, a Administração buscará, diretamente na Carta Magna os fundamentos para o seu ato. Tudo decorrência da adoção do princípio da juridicidade administrativa como novo regente do seu agir democrático.

À vista de todo o exposto salta aos olhos a figura da tensão criada entre os princípios da legalidade e da juridicidade no ambiente do pós-positivismo.

O primeiro ponto da tensão reside na mudança de primazia entre os Poderes estatais, pois, com o enfraquecimento da legalidade, ganha relevo o papel do Poder Judiciário em detrimento de um Poder Legislativo outrora dotado de grande força. Esse embate perdura até os dias atuais, vez que as fronteiras de competências vão sendo remarcadas paulatinamente, como fruto do debate e do embate entre essas forças sociais.

O outrora referido questionamento da lei pela Administração Pública quando essa não obedece aos ditames constitucionais, bem como a liberdade de atuação administrativa na ausência de lei, em homenagem à constitucionalização do Direito e instrumentalizada pelo princípio da juridicidade configura-se como outro ponto de tensão.

Muitos outros pontos de tensão foram apresentados no texto como vão sendo identificados à medida que a Administração Pública se move, não como uma executora cega dos comandos normativos, mas como um organismo vivo, comissionado à concretização de direitos fundamentais na nova ordem social que plasma toda atuação estatal, aqui entendidos os atores públicos e privados, à realização cada vez mais adequada da dignidade da pessoa humana.

O saldo dessa tensão não há que ser outro, senão um retorno a princípios imanentes do ser humano, que estão na origem da organização em sociedade e na formação do Estado como hoje o conhecemos.

Esse retorno não encontrou um ponto de eclosão no positivismo jurídico, que com seus acertos e erros contribuiu para pavimentar o terreno para a realidade que hoje nos é apresentada. Mas encontrou terreno fértil no pós-positivismo aliado ao neoconstitucionalismo.

Conforme declarado alhures, o princípio da juridicidade, em especial da juridicidade administrativa, foco desta pesquisa científica, assume posição de destaque, não em contraposição à legalidade, mas como novo passo e ferramenta necessária a uma Administração Pública que se redescobre lutando pelo cidadão e não contrária àqueles que lhe dão razão de existir.

Uma observação final é reclamada, o princípio da juridicidade administrativa, tendo em vista a infinidade de possibilidades às quais abre portas na conjuntura atual, necessita ter suas balizas bem definidas como forma de se evitar um uso nefasto por aqueles que se ocupam de encontrar brechas em benefício próprio e em detrimento do bem comum da sociedade.

Com o advento do pós-positivismo, o princípio da juridicidade ascendeu em relevância, impulsionado pelo neoconstitucionalismo pela força vinculante das normas constitucionais.

Os diversos ramos do direito passaram a carecer de uma releitura à luz da constituição, ênfase para o Direito Administrativo, que desde o advento da Constituição de 1988 tem ali a maioria dos seus princípios positivados, conforme apresentado alhures.

Uma vez que na nova ordem constitucional o princípio da juricidade administrativa assumiu o papel de carro-chefe na execução de políticas públicas e na expedição de atos administrativos, tornou-se premente a identificação dos seus contornos e limites, a fim de que sua aplicação alcançasse o máximo de efetividade.

Esse, portanto, o objetivo geral desta pesquisa, o qual foi alcançado por meio da definição do conteúdo jurídico do princípio da juridicidade, vez que o conteúdo jurídico de um princípio diz respeito à aplicação prática desse princípio em situações específicas, a saber, no caso concreto.

Assim, por meio de estudos na doutrina pátria e internacional, bem como a partir da análise dos fins do Estado e da própria Administração Pública, conclui-se que o conteúdo jurídico do princípio da juridicidade, ou seja, aqueles elementos aferíveis que o torna aplicável em casos concretos, em linha com o atual Estado Democrático e Constitucional de Direito são: ***(i)*** vinculação aos princípios constitucionais; ***(ii)*** respeito aos direitos fundamentais; ***(iii)*** atenção ao princípio da legalidade administrativa; ***(iv)*** adoção dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; ***(v)*** razoabilidade qualificada; ***(vi)*** motivação dos atos administrativos; ***(vii)*** valor jurídico axiomático e ***(viii)*** sindicabilidade judicial.

Em um caso concreto, portanto, para que a Administração Pública possa afirmar que agiu conforme a lei e o Direito, tendo obedecido ao princípio da juridicidade administrativa, deverá responder às seguintes perguntas: a decisão pautou-se nos princípios constitucionais aplicáveis ao caso? Os direitos fundamentais foram respeitados pelo ato ou política pública? Houve respeito à legislação? A solução adotada foi proporcional e razoável (tendo conta a razoabilidade qualificada aqui estudada)? Todos os atos levados a efeito foram motivados? A política pública, ato ou decisão é passível de controle judicial em sua totalidade?

Diante da resposta afirmativa em todos os quesitos acima, resultar-se-á que a medida administrativa atendeu ao princípio da juridicidade administrativa e, portanto, emanou de uma Administração Pública democrática.

A contextualização do princípio da juridicidade no ordenamento se inseriu nos objetivos específicos da pesquisa. Dessa forma, foram identificadas suas fontes, seus destinatários e sua regra abstrata ou diretriz geral.

Esclareça-se que as fontes e os destinatários se subdividem em gerais e específicos do ramo do Direito Administrativo, ao passo que sua regra abstrata por ser genérica, possui o mesmo conteúdo para ambas as situações, mas foi replicada em tópico próprio com vistas a favorecer a compreensão.

Foram identificadas como fontes gerais do princípio da juridicidade a Constituição, as leis, a doutrina, a jurisprudência, os princípios gerais de direito, os tratados internacionais sobre direitos humanos e os costumes. Como fontes específicas do princípio da juridicidade administrativa, repete-se a Constituição, sobretudo com a positivação dos princípios gerais da administração pública e a lei 9.784/99.

Os destinatários do princípio são o Estado e os indivíduos. E no âmbito administrativo, a Administração Pública e os particulares em seus relacionamentos com ela.

A regra abstrata ou diretriz geral do princípio da juridicidade, reside justamente no caráter de obrigar tanto o Estado quanto os indivíduos a pautarem suas ações em conformidade com o Direito.

Como resultado maior e contribuição do estudo apresentou-se qual o conteúdo jurídico do princípio da juridicidade administrativa, ferramenta hábil a orientar a Administração Pública na execução de Políticas Públicas que concretizem direitos fundamentais e respeitem a dignidade humana no paradigma do atual Estado Democrático e Constitucional de Direito brasileiro.

Com o intuito de verificar se a discussão acerca do papel do princípio da juridicidade administrativa no direito brasileiro hodierno – tendo em vista que como demonstrado na pesquisa vários países como Alemanha, Espanha e Portugal já positivaram o princípio em suas Constituições -, não se restringe à Academia, buscou-se a visão do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, por meio de decisões judiciais.

Foram identificados, então, diversos julgados nos quais o STF concordou com a atuação da Administração Pública pautada no princípio da juridicidade administrativa e até mesmo casos em que o Tribunal lançou mão do princípio para orientar sua decisão frente ao ato administrativo.

Restou demonstrado, assim, o relevo do tema na seara jurídica brasileira e sua atualidade nas discussões da mais alta Corte do país, apontando para a premente necessidade de estudos científicos mais aprofundados acerca do instituto, a fim de dotar o administrador público dessa importantíssima ferramenta moderna a apoiar a sua atuação, necessariamente democrática.

Uma vez que o estudo visou inovar no contexto jurídico brasileiro, certamente diversos aspectos importantes foram ignorados, bem como imprecisões conceituais e teóricas poderão ser apontadas no texto. Todavia, a contribuição de enfrentar o tema e definir o conteúdo jurídico mínimo do princípio da juridicidade administrativa certamente fará com esta pesquisa científica ocupe lugar entre os estudiosos do tema e aqueles que trabalham por uma Administração Pública verdadeiramente democrática. Essa a nossa esperança.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

APPEL, Tiago Nasser; COSTA, Armando João Dalla. Leviatã Acorrentado: tributação e representatividade da magna carta à revolução gloriosa. *In*: SEMINÁRIO NACIONAL DE SOCIOLOGIA E POLÍTICA, 4. Curitiba, 2012. **Anais** [...].

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruyz. Sobre princípios e regras. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, Guanambi, v. 4, n. 01, p. 04-24, 2017. DOI: 10.29293/rdfg.v4i01.144. Disponível em: https://portaldeperiodicos.animaeducacao.com.br/index.php/RDFG/article/view/13876. Acesso em: 29 maio 2024.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Florêncio de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 13, p. 1-44, mar./maio 2008. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=262. Acesso em: 05 set. 2024.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais e Justiça**, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

BRASIL. [Constituição (1824)]. Lex: **Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824.** Art. 179, XIV e XXIX. Disponível em: http://www.planalto.

gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 05 set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1891)]. Lex: **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de fevereiro de 1891**. Art. 73. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 05 set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1934)]. Lex: **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Arts. 168 a 173. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 05 set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05 set. 2024.

BRASIL. **Lei no. 9784 de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 05 set. 2024.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

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

CARDOSO, Antônio Manoel Bandeira. A Magna Carta: conceituação e antecedentes. **R. Inf. Legisl.**, Brasília, ano 23, n. 91 p. 135-140, jul./set. 1986.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais:** ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. refundida e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

CHICOSKI, Davi. A legalidade administrativa e a crise do positivismo jurídico. **Revista Digital de Direito Administrativo**. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo. Volume 3, n.1, p. 254-283, 2016.

COSTA, Bruno Leonardo Mantuano. **Sanções disciplinares militares do Distrito Federal judicializadas:** um estudo empírico sobre o controle jurisdicional deferente do mérito administrativo. 2023. 123 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2023.

CRISTÓVAN, José Sérgio da Silva, CATARINO, João Ricardo. A constitucionalização do direito administrativo e a juridicidade administrativa: um estudo sobre o caso Brasileiro e Português. **Revista Jurídica Portucalense**, Porto, v. 2, n. 17, p. 76-108, 2015.

DEZAN, Sandro Lúcio. A constitucionalização do direito administrativo para um

modelo de administração pública democrática. **Revista de direitos fundam. democr.**, v. 28, n. 1, p. 129-148, jan./abr. 2023.

DEZAN, Sandro Lúcio. **Administração Pública e Políticas de Meio Ambiente:** o princípio da precaução ambiental e uma proposta de teoria geral da decisão administrativa. Curitiba: Juruá, 2014.

DEZAN, Sandro Lúcio. CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A juridicidade administrativa contrária a direitos fundamentais no processo administrativo sancionador: Uma relativização inconstitucional do princípio da legalidade. **Revista da AGU**, Brasília, v. 15, n. 03, p. 245-268, jul./set. 2016,

DEZAN, Sandro Lúcio. **Fenomenologia e Hermenêutica do Direito Administrativo:** para uma teoria da decisão administrativa. Porto: Juruá Editorial, 2018.

DEZAN, Sandro Lúcio. O direito administrativo disciplinar e a processualidade ampla no estado constitucional de direito. **Revista Jurídica Cesumar** – Mestrado, v. 24, n 1, e9977, p. 9-27, janeiro/abril 2024.

DEZAN, Sandro Lúcio. O que é o neojusnaturalismo? um olhar pela óptica da administração pública contemporânea. **Revista de Direitos Fundam. Democ.**, v. 25, n. 1, p. 81-109, jan./abr. 2020.

DEZAN, Sandro Lúcio. Valores axiomáticos para uma justiça do direito sancionador. Uma metanorma limitadora do poder punitivo do Estado. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 15, n. 44, p. 272-286, jan./jun. 2021.

DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Processo administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

DI PIETRO. Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. Atualidades Jurídicas – **Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**, Belo Horizonte, ano 2, nº 2, jan./jun. 2012. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80131. Acesso em: 13 março 2024.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **Reflexiones sobre la ley y los princípios generales del derecho.** Madrid: Civitas, 1984.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Declaração de Direitos de Virgínia**. *In:* WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida, 2022. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Direitos_de_

Virg%C3%ADnia&oldid=64306375. Acesso em: 31 jul. 2023.

FAGUNDES, M. Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FILIPIN, Vinícius. **O princípio da juridicidade no controle da Administração Pública do Estado Democrático de Direito**. Dissertação (Mestrado) – Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, 2018.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución:** De la Antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.** *In*: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida, 2022. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidad%C3%A3o&oldid=64500272. Acesso em: 31 jul. 2023.

FREITAS DO AMARAL, Diogo. **Curso de Direito Administrativo**. Segunda Edição, volume 1. Coimbra: Almedina, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

GRÓF, Gabriel Lohner. **A origem da escrita na mesopotâmia como problema interdisciplinar.** Revista TEL, Irati, v. 11, n.1, p. 26-50, jan. /jun. 2020.

HAARSCHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

HAARSCHER, Guy. **A Filosofia dos Direitos do Homem**: Instituto Piaget, 1993.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LACERDA, Gustavo Biscaia de. Augusto Comte e o "positivismo" redescobertos. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, v. 17, n. 34, p. 319-343, out. 2009.

LARAIA, Ricardo Regis. **A dupla face do princípio da legalidade**. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2008.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração Pública Dialógica.** Curitiba: Juruá, 2013.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1964.

LOBO, R. Haddock. **História Universal**. v. 2. 2ª edição. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1975.

LOPES, Alexandre dos Santos. **Dever de Fundamentação das decisões administrativas:** por uma função atípica e julgadora da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2024.

Magna Carta. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: 2023. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Magna_Carta&oldid=65678603>. Acesso em: 31 jul. 2023.

MAURER, Hartmut. **Direito do estado: fundamentos, órgãos constitucionais**. Funções estatais. 6. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de (Org.). **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 9. tiragem. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direitos administrativo**. v.1, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1969.

MELLO, Rafael Munhoz de. Processo administrativo, devido processo legal e a lei nº 9.784/99. **Revista de Direito Administrativo**, n. 207, Rio de Janeiro, p. 83-104, jan./mar. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA. Rafael Sathler Gomes. A evolução histórica do princípio da legalidade e a extensão de seu sentido no atual contexto do direito administrativo. **Revista do CAAP**, Belo Horizonte, nº 1-2, v. 27, p. 1-13, 2022.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo. Atlas, 2008.

NERY, Ana Rita de Figueiredo. Responsabilidade civil e serviços públicos: um espaço de convivência entre a autoridade e a consensualidade. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello e BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Paulista da Magistratura, 2015.

NOHARA, Irene Patrícia. Conceitos jurídicos indeterminados e delimitação concreta da discricionariedade administrativa no pós-positivismo**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, nº 7, p. 167-193, jan/jun. 2010.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

NOHARA, Irene Patrícia. **O motivo no ato administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Ed. Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Samuel Antônio Merbach de. **A teoria geracional dos direitos do homem**. Theoria – Revista Eletrônica de Filosofia, ed. 3, 2010. Disponível em: https://www.theoria.com.br/edicao0310/a_teoria_geracional_dos_direitos_do_homem.pdf. Acesso em: 28 maio 2024.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: https://e4k4c4x9.rocketcdn.me/pt/wp-content/uploads/sites/9/2023/10/PT-UDHR-v2023_web.pdf. Acesso em: 05 set. 2024.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública:** o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: edições Almedina, 2011.

PAIVA, Eduardo de Azevedo. Princípios gerais de direito e princípios constitucionais. *In*: **Curso de Constitucional:** Normatividade Jurídica. Rio de Janeiro: EMERJ, (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 11). p. 51-59, 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_expediente.pdf. Acesso em: 29 maio 2024.

PIRRENE, Jacques-Henri. **Panorama da História Universal.** São Paulo: editora da Universidade de São Paulo, 1973.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 209, p. 189-222, jul./set. 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato social.**16. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 1999.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo:** risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCAPIN. Romano. Do princípio da legalidade ao da juridicidade administrativa: A apreciação de constitucionalidade pela administração pública. **Revista da ESDM**, Porto Alegre, v. 5, n. 9, p. 79-103, 2019.

SILVA, Henrique Dias da. Do princípio da legalidade ao princípio da juridicidade. **JURISMAT**, Portimão, nº 6, p. 169-186, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo:

Malheiros Editores, 2012.

SMOLENAARS, Claudine Costa. Da tese fixada no tema 698 do Supremo Tribunal Federal: atenção aos efeitos sistêmicos indesejados na judicialização das políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos humanos. **Revista da Advocacia Pública Federal**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 379-404, dezembro de 2023.

VALLE, Vanice. O STF "lacrou" o controle de políticas públicas ao julgar o Tema 698? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 jul. 2023. Interesse Público. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-jul-20/interesse-publico-stf-lacrou-controle-politicas-publicas-julgar-tema-698/. Acesso em: 27 jul. 2024.