

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

THALITA CRISTINA BARBOSA ROCHA

**OS “PODERES ADMINISTRATIVOS” À LUZ DO PRINCÍPIO
DA LEGALIDADE**

SÃO PAULO

2021

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

THALITA CRISTINA BARBOSA ROCHA

OS “PODERES ADMINISTRATIVOS” À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em (Direito Administrativo, sob a orientação da Prof^a., Dra. Flavia Cammarosano.

SÃO PAULO

2021

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Separar um tópico para registrar agradecimentos é uma oportunidade para eternizar uma pequena fração da infinita importância que cada momento e indivíduo contribuiu com a vida que, no caso, é a minha.

É por este motivo que eu acredito melhor a jornada percorrida que o destino, pois temos a oportunidade de colocar em prática nossos valores, conhecermos pessoas, traçarmos novos objetivos, tudo em um constante desenvolvimento e aprendizagem.

Essa mesma trilha torna-se leve e suave quando há pessoas que, podendo elas terem escolhido cursar outras rotas, optaram por caminhar junto a nós, oferecendo-nos todo o amor, compreensão, apoio, suporte, recursos, energia, positividade e fé. Justamente, são essas pessoas a quem devo meus agradecimentos.

Acredito que no topo de tudo, está Deus e minha família. Tenho tanto a agradecer a Ele pelas pessoas e oportunidades que cruzam meus caminhos.

À minha mãe, Ivone Costa Barbosa, que tem sempre me apoiado em todas as decisões da vida e confiado a mim a missão de ser uma pessoa melhor para este mundo, dando-me a oportunidade de crescer profissional e espiritualmente todos os dias com seu amor que sempre me é presente. É quem admiro e me inspiro em lutar todas as vezes que a vida se encarrega de dar uma rasteira surpresa.

Junto a ela, ao Felipe Barbosa Rocha, meu irmão e aliado de infância que está prontamente no posto de levantar meus valores quando minha autoestima está baixa. É quem estreito meus laços progressivamente e admiro como homem, com muita ternura e orgulho. É também de quem sou a maior fã.

Ao meu pai que me ensinou, inconscientemente, que todo mundo erra, inclusive ele e que não há problemas nisso: faz parte de ser humano. Persistir no erro é uma escolha e corrigi-los é caráter. A vida é uma consequência deles e também dos acertos.

Agradeço também aquele que tem me tomado a mão para me chamar de filha, Milton Gonçalves Bezerra, ensinando-se constantemente as audácias jurídicas e sobre as peças que a vida prega. É quem eu admiro profissional e espiritualmente falando e quem eu quero ser quando crescer: minha meta de ser humano.

Não obstante, também agradeço ao meu amigo, Thulio Caminhoto Nassa, que me tem sido como um irmão em todos os momentos, das alegrias às angústias, desde o momento que a vida decidiu cruzar nossos caminhos, oferecendo-me sempre seu ombro para me apoiar. É quem me demonstra todos os dias que a cumplicidade, cuidado, gentileza e respeito tornam-se mais importantes que o elo sanguíneo. Ademais, também devo registrar agradecimentos pelas contribuições que me ofertou para este trabalho, sempre de bom grado e apreço, esclarecendo minhas incertezas e dispondo-se a me passar seus ensinamentos jurídicos.

Agradeço à minha orientadora, Flávia Cammarosano, que prontamente esteve à disposição para sanar minhas dúvidas e confiar no meu potencial para realizar este trabalho, mesmo diante de tantas dificuldades e obstáculos que a vida tem me imposto nestes últimos tempos. É quem eu devo agradecer por acreditar na minha capacidade, valorizar meu empenho e desenrolar meus embaraços jurídicos para este trabalho.

Devo também agradecer aos meus amigos que, sempre em boas energias, ajudaram-me a estudar e, maiormente, ensinaram-se sobre os valores mais preciosos da amizade: sinceridade e respeito.

Agradeço aos meus professores que sempre estiveram prontamente a me ensinar quando meus limitados conhecimentos já não bastavam. A todos, sem exceção, pois demonstraram-me sobre a sua ótica sobre os valores jurídicos do Direito e também pelo enlaço de amizade que formamos durante este ciclo. Fica aqui a minha eterna admiração, respeito e carinho a todos que contribuíram para um amor que vou levar a vida toda: aos estudos.

Por fim, não posso deixar também de agradecer às dores e dissabores da vida: graças a eles pude ser mais forte, ter a oportunidade de estruturar meus emocional e, de igual forma, descobrir quem realmente se preocupa e me quer bem.

RESUMO

Com o reconhecimento de que surgiu necessidade instauração de um Estado Democrático de Direito, como também o Estado deve ter seus atos limitados e fiscalizados, não se restringindo este apenas à regulação do comportamento social, percebeu-se que incorrer-se-á em atos eivados de poder e desvio de finalidade do atendimento ao interesse público. É neste momento, então, que nasce o Direito Administrativo como uma matéria autônoma, comportando uma série de peculiaridades que norteiam atos da Administração Pública Direta e Indireta. Dentre os principais e essenciais mecanismos responsáveis pela adoção de medidas para melhor atender o interesse público é o Princípio da Legalidade. A Doutrina sugere ainda o exercício de função administrativa através dos chamados “Poderes Administrativos”. No entanto, estes atributos essenciais, embora tenham definições consolidadas na doutrina clássica, são dignos de uma maior atenção e reflexão a respeito, quando observados na prática.

Palavras-Chave: Direito Administrativo. Princípio da Legalidade. Poderes Administrativos. Interesse Público. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

With the recognition that there was a need for the establishment of a Democratic State of Law, as well as the State must have its acts limited and inspected, this being not restricted only to the regulation of social behavior, it was realized that acts will be incurred. of power and deviation from the purpose of serving the public interest. It is at this moment, then, that Administrative Law is born as an autonomous matter, comprising a series of peculiarities that guide acts of the Direct and Indirect Public Administration. Among the main and essential mechanisms responsible for adopting measures to better serve the public interest is the Principle of Legality. The Doctrine also suggests the exercise of an administrative function through the so-called "Administrative Powers". However, these essential attributes, although they have consolidated definitions in classical doctrine, are worthy of greater attention and reflection in this regard, when observed in practice.

Keywords: Administrative Law. Principle of Legality. Administrative Powers. Public interest.

OS “PODERES ADMINISTRATIVOS” À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. SUBMISSÃO DO ESTADO À ORDEM JURÍDICA E O SURGIMENTO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	13
2.1. Breve análise histórica do Estado e a necessidade da instituição de um sistema de controle do Estado.....	13
2.1.2. Idade Antiga: a necessidade de um Estado protetor e provedor das necessidades da sociedade e a idealização de sistema.....	13
2.1.3. Idade Média: fortalecimento do poder concentrado e reconhecimento de abuso de poder.....	18
2.1.4. Idade Moderna: constitucionalização do Direito e surgimento dos primeiros princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito.....	22
2.1.5. Idade Contemporânea: Positivismo e o surgimento do Estado Democrático de Direito.....	27
2.1.6. Marcos históricos da evolução do Princípio de Legalidade.....	29
2.2. Os Reflexos do Direito Administrativo.....	31
3. ELEMENTOS CONCEITUAIS.....	40
3.1. Regime Jurídico de Direito Administrativo.....	40
3.2. Poderes administrativos.....	42
3.1.1. Poder Hierárquico.....	42
3.1.2. Poder Disciplinar.....	45
3.1.3. Poder Regulamentar ou Poder Normativo.....	46
3.1.4. Poder Polícia.....	47
3.1.5. Poder Vinculado e Poder Discricionário.....	48

4.	DESCONSTRUÇÃO DOS PODERES ADMINISTRATIVOS E OS ATOS ADMINISTRATIVOS À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	56
4.1.	Competência discricionária.....	57
4.2.	Limitações administrativas à liberdade e à propriedade.....	59
4.3.	Organização administrativa e relação de escalonamento.....	60
4.4.	A limitação dos regulamentos administrativos.....	61
5.	CONCLUSÃO.....	64
6.	REFERÊNCIAS.....	68

1. INTRODUÇÃO

Desde o início dos tempos, a “inquietação” e a “dúvida” são elementos para que uma sociedade evolua seus pensamentos e, conseqüentemente, que tenham reflexos em seu comportamento. Isso porque o próprio ser humano, instintivamente por ser racional e sociável, tem a necessidade de que se estabeleçam parâmetros que assegurem seus direitos e obrigações, construindo sua própria cultura.

Cientistas Jurídicos embasam a relação de “causa e efeito” diante dos efeitos da disposição normativa superior – Constituição Federal, somados à sua efetiva aplicação no meio social a que ela se insere.

As leis, em sucintas palavras, são regras destinadas a estabelecer o controle e a harmonia do homem durante a sua convivência em meio social, sendo que, sobretudo, trata de resguardar seus Direitos Fundamentais.

Assim o sendo, se algum homem não observar desse regimento, sofrerá sanções, punições, de acordo com o ato infringido da lei sendo julgado pelo poder judiciário.

Mas se o homem, não como ser único e sim como seu grupo, não estiver de acordo com tal lei, há uma mudança. Isto se deve ao fato de que a cultura humana sempre se transforma.

Cada acepção de um Estado de Direito reflete ideias políticos distintos. É por isso que as leis variam de país a país, tempos em tempos – nem todas possuem a mesma cultura, os mesmos hábitos e comportamentos.

Ou seja, é natural que se busque, no âmbito histórico, explicações do pensamento e comportamento humano, a fim de que, através da disposição legal elaborada pelo Estado e realização da atividade judiciária como forma de controle

social e provimento da tutela jurisdicional, alcance a segurança dos direitos e deveres inerentes aos indivíduos.

Conforme se demonstrará no presente trabalho, houve a necessidade de visualizar que o Estado não apenas regule esse comportamento emanado pela sociedade, mas também que ele deva ter seus atos limitados e fiscalizados para que não ocorra abuso de poder e desvio de finalidade do atendimento ao interesse público.

Para tanto, aqui se estabelecem premissas como a trajetória da concretização nossa Lei Maior, ou seja, a Constituição Federal, dando espaço para o surgimento de estudos específicos que tornaram-se autônomos entre si e simultaneamente integrantes à Constituição Federal, como o Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direitos Fundamentais, entre outros, como também os aspectos que ao longo do tempo vem sofrendo transformações, não materiais e sim, subjetivas.

Do mesmo modo servirá esta premissa, de que deve existir uma fiscalização dos atos administrativos para que seja efetivamente atendido o interesse público, para refletir sobre realmente o que se entende por “interesse público”.

Com o tempo, houve transformações em sua interpretação. E, conseqüentemente, o alcance de seus efeitos, foram modificados. É a partir de então que se faz necessário estabelecer uma reflexão sobre o que viria de fato a ser o “interesse público”.

Nessa senda, o Estado (em sentido lato) deve premir-se de Princípios para que atue de forma justa e adequada. É neste momento que o Princípio da Legalidade ganha margem para que seja estudado e analisado.

De outro norte, este trabalho tratará do que a doutrina chama de “Poderes

Administrativos”, humildemente, valendo-se de análises das prerrogativas de Direito Público que tratam de disciplinar o desenvolvimento de atividades e de organizações de interesse público.

2. SUBMISSÃO DO ESTADO À ORDEM JURÍDICA E O SURGIMENTO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A formação de um Estado Democrático de Direito consiste longa e profunda transformações históricas.

De igual forma, a consolidação do Princípio da Legalidade compreendeu um complexo e intenso período de renovações de pensamentos conservadores, os quais merecem e serão melhores explorados a seguir.

2.1. Breve análise histórica do Direito e a necessidade da instituição de um sistema de controle do Estado.

Comumente, quando questionados do surgimento de um modelo de Estado, somos remetidos a grandes marcos, em especial, à Revolução Francesa.

Contudo, em todos os períodos é possível observar que a história registra longas tentativas da sociedade promover o controle do poder concentrado nas mãos de uma autoridade através de leis. Por vezes a sociedade, por vezes o próprio tirano.

Assim, verificamos que, inconsciente, reconhecemos que Estado e Lei são indispensáveis para a manutenção social, tanto para conferir direitos, quanto para impor limites às pessoas e, até mesmo, ao próprio Estado. Por este motivo é que fazemos uma breve digressão histórica, focando os marcos jurídicos da premente necessidade de um Estado submisso à ordem jurídica.

2.1.2 Idade Antiga: a necessidade de um Estado protetor e provedor das necessidades da sociedade e a idealização de sistema.

Na Antiguidade Oriental, momento no qual as civilizações antigas, organizavam-se através da instituição de códigos, tem-se registros históricos que indicam o surgimento da dualidade dos elementos Estado e Lei quando os povos estabelecidos nas proximidades entre os rios Tigre e Eufrates, na Mesopotâmia, disputavam o território em razão das terras férteis.

É então que temos os primeiros códigos, como o Código de Ur-Nammu, as Leis de Eshnuma e Lipit-Ishtar e o Código de Hamurábi.

Notável, pois, que houve prioridade às regras criminais, visto que era o sistema primordial à coesão dos povos, mas não deixemos de observar os traços já existentes de uma autoridade estatal sobre o povo.

A título exemplificativo, observemos ao conhecido Código de Hamurábi: a breve leitura do prólogo apresenta Hamurábi como o supremo governante de seu país, Suméria, não hesitando em declarar-se como o protetor de seu povo, incumbido de executar justiça e proporcionar paz duradoura¹.

Inegável, pois, que a ideia aqui era de buscar uma afirmação política² para que não houvesse dúvidas da “escolha divina” sobre Hamurábi.

Na Grécia Antiga, berço da filosofia, o mundo foi presenteado com as raízes da Democracia. No campo da política, a cidade de Atenas abrigou referência intelectuais de gerações vindouras: Sócrates, Platão e Aristóteles.

Obras de altíssima importância para o mundo jurídico foram produzidas nesta cidade e período, como “A Política”, de Aristóteles³, que entendia que o Estado, instituição indispensável à sociedade pelo fato do homem ser naturalmente um animal social e político, é superior ao indivíduo, cabendo, assim, a responsabilidade de satisfazer todas as necessidades a fim de que alcance o “bem

¹ Transcreve-se do prólogo: *“chamaram, a mim, Hamurabi, o excelso príncipe, o adorador dos deuses, para implantar a justiça na terra, para destruir os maus e o mal, para prevenir a opressão do fraco pelo forte... para iluminar o mundo e propiciar o bem-estar do povo”*.

² Confere-se do prólogo a escolha e jogo de palavras de um rei autoritário: *“sou eu, eu o que trouxe a abundância à terra; o que fez obra completa para Nippur e Durilu; o que deu vida à cidade de Uruk; o que supriu água com abundância aos seus habitantes;... o que tornou bela a cidade de Borsippa;... o que enceleirou grãos para a poderosa Urash;... o que ajudou o povo em tempo de necessidade; o que estabeleceu a segurança na Babilônia; o governador do povo, o servo cujos feitos são agradáveis a Anunit”*.

³ Importante registrar que o referido filósofo, homem curioso por excelência, cuidou de esboçar um quadro significativo permeado por comentários sobre algumas das constituições vigentes nas principais cidades-estado gregas. A Obra em si, justamente contribuiu para que demonstrasse as formas de governo da época e os elementos/instituições responsáveis por assegurar o bem estar e a felicidade do indivíduo.

comum superior” que conseqüentemente, atenderia ao “bem particular”, inovando o pensamento à época.

Contudo, a Grécia ainda tinha um problema: a exiguidade das fontes, em razão de que nem sempre era possível contar com um conjunto de leis cuidadosamente registradas. Embora fosse composta por cidades-estado independentes (poleis), a Grécia Antiga apresentava-se, quase sempre⁴, em leis fragmentadas.

A ausência deste corpo de regras chegava a causar estranheza entre os pensadores da época, conforme é possível perceber na obra retro mencionada de Aristóteles, senão vejamos:

*“A dispensa da prestação de contas e a perpetuidade são prerrogativas muito acima de seus méritos. A falta de leis que possam servir-lhes de regra para julgar o caráter arbitrário de seus julgamentos não dá nenhuma segurança aos réus”.*⁵

Em resumo, a Grécia Antiga albergou um direito essencialmente consuetudinário, ritualístico, fundado no culto aos antepassados e desenvolvido no seio da própria família⁶, restando nítido aqui a uma necessidade de um Estado que tenha regras próprias a que ele se submeta.

Ainda que tendesse boa parte da ordem jurídica aos costumes, o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho reconhece que nas instituições atenienses, a distinção era nítida entre o direito, que por sua vez assumia uma forma imutável, e o ato normativo estabelecido pelo poder em formas de Decretos⁷.

⁴ Refiro-me a “quase sempre”, pois dificilmente encontram-se registros de edição de códigos na Grécia Antiga. Entretanto, reporta-se aqui aos registros do Historiador do Direito, John Gilissen, que demonstram que na atualidade melhor se reconhece o Direito Privado de Atenas. Isto pelo fato de haver achados arqueológicos de códigos leis, como um efetivado por Frederik Hallbherr, que encontrou na cidade-estado de Gortina, na Ilha de Creta.

⁵ ARISTÓTELES. A Política, p. 926.

⁶ Conforme estudos encontrados na obra de COULANGES, Fustel de. A Cidade Antida. São Paulo: Martin Claret, 2005 in PALMA, Rodrigo Freitas. História do Direito. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

⁷ Segundo observa o professor: “Nas instituições atenienses, a distinção era nítida entre o direito (a lei - nomos), imutável, eterno, e o ato normativo estabelecido pelo poder - no caso, a Assembléia de

Posteriormente, ainda na Grécia Antiga, por volta de 442 A.C., encontramos Sófoles, dramaturgo grego que redigiu a peça *Antígona*, propondo uma discussão de cunho político acerca dos meios para promoção da justiça em seu enredo⁸

A obra foi um marco importante que alavancou em discussões sobre o Direito Natural e Direito Positivo, debatido entre os personagens da peça: *Antígona* e *Creonte*. Até aquele momento, a justiça seria obtida através da construção da subjetividade do direito.

Diferentemente da Grécia Antiga, onde os gregos carregavam consigo a arte e filosofia, os Romanos eram grafados pela organização política e notória força pragmática, sendo os primeiros a desenvolver de princípios e institutos jurídicos com renomada maestria no campo da teoria.

Juristas por excelência, os romanos entendiam que a essência de um ordenamento jurídico consistia em leis que decorriam de um direito. Por este motivo, Roma foi marcada pela criação de diversos “sistemas políticos”, senão vejamos.

Por volta de 510 a.C, com a derrota de uma monarquia tirânica, Roma fundou sua República semelhante às cidades-estado gregas. Desse sistema, importante lembramos que o governo se desdobrava em elementos de três regimes diferentes para o seu funcionamento, quais sejam: (i) monarquia – substituída pelos cônsules; (ii) aristocracia – o senado, e (iii) democracia – assembleia popular.

todos os cidadãos (psephi.sma, "decreto"). Este não poderia prevalecer contra aquele, não valeria, portanto, se fosse "ilegal".⁶ Ademais, o proponente de ato que fosse considerado violador do direito era sujeito a pesadas sanções.⁷ Mais, era prevista uma ação - a graphé paranomôn – para anular as "leis" contrárias ao direito e sancionar o seu autor (proponente) bem como o presidente da Assembléia, o qual não se recusara a fazer votar o projeto.”

⁸ É possível conferir reflexões sobre as leis em várias partes do livro. No caso, atendo-me em lembrar a passagem em que *Antígona* cobre com terra o cadáver de seu irmão que morreu em guerra a favor do rei e não teve um sepultamento digno, tendo sido entregue aos cães e aves de rapina por própria determinação de *Creonte*, o rei. Após, *Antígona* é surpreendida pelos guardas, sendo presa e levada a *Creonte*, justificando sua ação nas seguintes falas: “- Eu não creio que teus decretos, escritos pela mão de um mortal, possam ser superiores às leis não escritas e imutáveis dos deuses. Elas não são de hoje nem de ontem, mas são eternas, vigoram em todos os tempos e ninguém sabe quando nasceram. Eu tinha para mim que não devia, por temor da arrogância de um homem, transgredir essas leis e ser castigada pelos deuses”. (SÓFOLES. *Antígona*. Tradução de Paschoal Cegalla. 1ª edição. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2016, p. 150 – 155).

Essa constituição mista perdurou por cerca de quinhentos anos, entendida pelos romanos como uma forma ideal de governo para garantir a estabilidade social e evitar a tirania. Isto porque a monarquia poderia conferir poder a um num governo tirano. De um tirano, poderia o poder ser tomado pelo povo e, conseqüentemente, acabaria por desmanchar num governo oligárquico⁹.

Por certo, o intuito seria estabelecer freios aos autoritarismos da época.

Com um novo sistema de governo estabelecido, Roma passou a ascender sobre os outros países, dominando, com força, a maior parte da Europa Ocidental.

O modelo de República da Roma Antiga sofreu mudanças através de promulgações de leis que prepararam o caminho para a instauração de um Império por Júlio César.

Sabe-se que esse conjunto de leis versava sobre uma ampla gama de assuntos de Estado, nos campos administrativos, agrário, financeiro e internacional, como nas esferas judiciais, municipal, político e religiosa¹⁰.

Assim, a República Romana dizimou-se com a tomada do poder por Júlio Cesar, em 48 a.C., restando um governo de dinastia e monarquia pelos próximos quinhentos anos.

Curiosa e tecnicamente falando, Julio César não foi imperador: na verdade foi um ditador, sendo o último governante a Republica Romana, motivo pelo qual justificaria seu assassinato em plena Sessão do Senado Romano, além dos desafetos políticos, em 44 a.C. Mais tarde, Caio Otavio ("Otaviano"), seu sobrinho-neto, eleito como herdeiro em testamento, viria a ser o primeiro imperador.

O período seguinte contribuiu com a inserção de novos institutos jurídicos como constituições imperiais, prerrogativas inerentes à função do Príncipe.

⁹ Nesse sentido, Marco Túlio Cícero, Senador e filósofo da Roma Antiga, assim entendia: *"O poder é convertido, então, numa bola que vai de um lado para outro, passando das mãos do rei às do tirano, das dos aristocratas às do povo, sem que a constituição política seja nunca estável."* (Cícero, p. 67, apud PALMA, Rodrigo Freitas. História do Direito. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019).

¹⁰ Faz-se válido aqui mencionar a obra "História de Roma", de Pierre Grimal, em especial às p.p. 119 – 120, nas quais esclarecem que estas "promulgações de leis" cuidaram de promover uma simplificação do direito romano, consistindo em sistematizar e consolidar as normas vigentes em um único diploma.

Cada vez que se estrutura uma social, percebe-se a necessidade de impor limites de atuação. Contudo, a ideia de imposição ainda não era clara, sendo reconhecido, à época, que era necessária a previsão de leis para conferir direitos às pessoas.

A ruptura do sistema Republicano de Roma até era esperada, visto que os comandantes militares tornaram-se excessivamente poderosos e acabaram por escapar do controle efetivo dos órgãos políticos. A respeito, o Ilmo. Ministro Luís Roberto Barroso¹¹ assim entende:

“O que terminou, na véspera da era cristã, foram a experiência e o ideal constitucionalistas, que vinham dos gregos e haviam sido retomados pelos romanos. A partir dali, o constitucionalismo desapareceria pelo mundo ocidental por bem mais de mil anos, até o final da Idade Média.”

A referida época, encontrava-se, historicamente falando, na transição do período da Idade Antiga para a Alta Idade Média, compreendida entre os séculos V e XV (476 a 1453).

2.1.3 Idade Média: fortalecimento do poder concentrado e reconhecimento de abuso de poder

E aqui estamos, na Idade Média: período de grandes movimentações e influência do Cristianismo, definindo dogmas e pressupostos filosóficos do credo pela incisiva insistência e desempenho de pensadores notáveis.

No ano de 526 d.C., surge outro marco jurídico importante: o imperador Flavius Petrus Sabbatius Iustinianus nomeia uma comissão de juristas que viria a elaborar o Corpus Juris Civilis, a maior consolidação de leis que o mundo ocidental já havia conhecido.

O *Corpus Juris Civilis* pode ser resumido em quatro partes: (i) legislação romana revisada desde século II; (ii) o Digesto ou Pandectas, que reunia a

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2.018, p. 34.

jurisprudência de Roma; (iii) princípios e institutos fundamentais do direito e, (iv) as Novelas ou Autênticas, que eram as leis formuladas por Justiniano.

Além de representar uma inovação e revolução jurídica, historicamente falando, trata-se de uma obra muito importante para o retrato da história de Roma.

O então chamado Direito Natural teve suas energias reforçadas na Alta Idade Média com a doutrina pregada pelo Italiano São Tomás de Aquino, entre 1265 e 1273 com a edição da Suma Teológica, em que trouxe consigo a ideia de que em razão da mutabilidade da natureza humana, não seria possível estabelecer um código absoluto de justiça que não sofra mudanças justamente pelo fato de que o ser humano é variável¹².

Desta forma, a Lei Natural não poderia ser declarada pelo legislador em decorrência da sua pré-existência de direito conferidas.

O pensamento deste período era nutrido pela existência de um direito superior ao comando da autoridade e que não dependia da vontade dos homens. Em breves palavras, aqui surge a ideia de distinção entre o que é Lei Natural, o que é Lei Humana e Lei Divina.

Um dos grandes fenômenos jurídicos que a Baixa Idade Média experimentou foi o Sistema Feudal.

Neste período, enraizadas as relações da aristocracia romana (o patriciado) e os plebeus (servos), desenvolveu-se o sistema do feudalismo, o qual está associado à ideia de firme relação estabelecida entre um senhor pertencente à nobreza e um servo de classe social menos favorecida. 24 jan 2011

Como o próprio termo sugere, tratou-se de um sistema que envolvia relações de propriedade. O servo recebia a posse do feudo (terras) para um fim específico (cultivação ou produção), enquanto ao Senhor Feudal cabia promover a

¹² Quanto à propagação de suas ideias, Tomás de Aquino assim registrou, de acordo com : “(...)lo que es natural es imutable e idéntico para todos. Mas em las cosas humanas no se halla nada semejante, porque todas las reglas del derecho humano fallan en ciertos casos y no tienen fuerza en todas partes” (AQUINO, Santo Tomás de. 1995. Suma de teología. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1995. Edição dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas em España. p. 471, *apud* CRISPIM, Cícero Antonio Di Salvo. Conceito de Justiça em São Tomás de Aquino: uma visão filosófica teológica. Conteúdo Jurídico, publicado em 24/01/11, disponível em < <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/23358/conceito-de-justica-em-sao-tomas-de-aquino-uma-visao-filosofica-e-teologica> > acesso em 01 de Dezembro de 2.019.)

proteção direta. Também havia o vassalo, responsável pela segurança da população e do feudo, ficando à disposição do seu senhor para fins militares.

Pode-se afirmar que o Sistema Feudal logrou êxito em razão de que as cidades europeias estavam empobrecidas e os proprietários de terras sem condições, por si sós, proverem adequada proteção de seus domínios.

Bom, as terras não foram aqui mencionadas sem um propósito. Há um importante marco histórico para o direito que, conseqüentemente, vem a nortear todo o sistema jurídico atual, qual seja: primeiras migalhas do princípio da legalidade e o surgimento do devido processo legal¹³.

Por esta vereda, as leis advindas da Coroa precisavam do apoio dos nobres e da Igreja Católica. Isto porque cada instituição exercia um papel importante sobre a nação: a Igreja possuía o controle moral e tributação própria sobre o povo; a nobreza era responsável por executar a maior parte da tributação instituída pelo parlamento.

Assim, através do juramento de lealdade e fidelidade da nobreza e como forma de cooperação da coroa, o Rei Henrique I, da Inglaterra, editou a Carta da Coroa, conhecida como *Charter of Liberties*¹⁴, que em seu bojo liberdade à Igreja, restauração de privilégios dos nobres, como também tratou de prevenir abuso de poder dos monarcas, diante de disposições sobre limitação da atuação e limitação da coroa sobre o confisco das receitas e arrecadação da Igreja e direitos sobre as terras dos Senhores Feudais.

O ideal era muito bom. Contudo, o próprio Rei não cumpriu com as leis estabelecidas na referida Carta. Não deve-se deixar de observar a importância desse advento, visto que aqui foi quando começaram os resquícios de um poder concentrado: o absolutismo.

Outrossim temos a ideia concreta de que o poder da coroa não deve apenas ser estabelecido, mas também deve ser controlado.

¹³ Quando falamos em devido processo legal, remete-nos imediatamente à ideia de um princípio estabelecido pela Constituição Federal em seu inciso LIV, do artigo 5º: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

¹⁴ O documento pode ser conferido na íntegra em HALSALL, Paul. Medieval Sourcebook: Charter of Liberties of Henry I, 1.100. Fordham University Center for Medieval Studies. Disponível em: <http://www.fordham.edu>.

Controlado, em razão de que o excesso de arbítrio de uma autoridade, por vir a tornar-se uma cadeira posta ao exercício da tirania e abuso de poder.

Ressalta-se que fica reconhecida ideia de que um rei (autoridade) deve submeter-se a um sistema, ou disposições (leis), que venha a estabelecer rédeas de sua atuação, somando o reconhecimento de que um compilado de leis deve proteger e estabelecer direitos ao povo a necessidade de um controle do Estado que tenha sua atuação limitada.

Remetemo-nos, ainda, ao ano de 1.215 com edição da Carta Magna, quando o Rei João Sem Terra, da Inglaterra, reduziu a termo direitos às pessoas. Tal documento ficou conhecido como Lei da Terra (*"The Law of The Land"*), na qual registrou um marco histórico e jurídico: a garantia de um processo justo, mais conhecido como *"due processo of law"*¹⁵.

A propósito, não trata-se apenas de um mero princípio: matéria jurídica e humanística, trata-se de uma garantia essencial para o indivíduo inserido em seu meio social.

A efetividade do referido princípio foi um marco, pois ainda que não houvesse uma punição, o dispositivo invocada de forma expressa que ninguém poderia ser preso ilegal ou arbitrariamente¹⁶.

Mais tarde, em outro marco histórico, mais especificamente no Século XVIII, nos Estados Unidos, as colônias não queriam mais serem exploradas nem obedecerem às Leis Inglesas, requerendo seus próprios institutos legais, que naquele momento, defendiam os Direitos Naturais, os valores estabelecidos pela Constituição pela ideia do povo, não podiam ser derrubados em decorrência de uma lei injusta, somados à insatisfação do aumento da exploração colonial nas Treze

¹⁵ "§ 39. Nenhum homem livre poderá ser detido ou aprisionado, ou despojado de seus direitos ou de suas possessões, ou proscrito ou exilado, ou de qualquer forma destituído de sua posição, nem agir-se-á com coação para com ele, ou enviar-se alguém para fazê-lo, exceto pelo julgamento conforme o direito por seus pares ou pela lei local".

¹⁶ Estas observações foram feitas pelo jurista Francês René David: "A Magna Carta de 1.215, no seu artigo 39, proclamava solenemente o princípio de que nenhum indivíduo deveria ser preso ilegal ou arbitrariamente. Mas como o princípio assim proclamado não era acompanhado de nenhuma sanção, permaneceu como letra morta até o advento da dinastia Stuarts" (DAVID. René, O Direito Inglês, p. 78).

Colônias da América do Norte, dando espaço ao que conhecemos historicamente hoje como Revolução Americana.

Em razão deste marco histórico, foi criada, então, a “Constituição dos Estados Unidos da América”, na qual tratava de limitar o poder estatal na medida em que eram estabelecidos a separação dos poderes consagração de diversos Direitos Fundamentais, como o devido processo legal, ampla defesa, o julgamento pelo Tribunal do Júri, entre outros.

O princípio aludido demonstra-se tão importante não somente por decorrerem dele outros tão essenciais para um processo justo, como a ampla defesa e o contraditório, mas também por revelar-se como um parâmetro de constitucionalidade: se injusto o dispositivo ou diploma legal, a lei deverá ser extinta em virtude da sua inconstitucionalidade, visto que não basta a lei existir, ela deve ser justa em seu aspecto substantivo e não apenas processual.

É através desse princípio que torna-se possível a existência do controle de constitucionalidade, assim digamos, por critério de justiça e dentre outros princípios positivados, de modo que não basta ter uma lei justa, em termos processuais e materiais, ela deve estar de acordo com os princípios e valores insculpidos na Lei Maior.

Assim, temos que o Devido Processo Legal traz consigo critérios de razoabilidade, proporcionalidade, contraditório e ampla defesa e controle de constitucionalidade das leis.

Outrossim o período feudal foi um marco político para a história: caminhando pela Alta Idade Média, por conta de diversos fatores, como a anarquia da pluralidade de poderes e a revitalização do comércio, começa a esboçar-se o processo de concentração do poder que levaria à formação dos Estados nacionais como organização política superadora dos modelos muito amplos e difusos (papado, império) e dos muito reduzidos e paroquiais (tribos, feudos).

2.1.4. Idade Moderna: constitucionalização do Direito e surgimento dos primeiros princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito

Entramos, assim, no período que historicamente e para fins didáticos é definido como Idade Moderna, compreendida entre os séculos XV e XVIII.

O período foi marcado por profundas transformações sociais na Europa. Tomemos, para fins cronológico e didático o ano de 1.453, momento o qual o cerco otomano à capital do Império Romano no Oriente significou o declínio político de Bizâncio.

Além das bem-sucedidas incursões marítimas realizadas pelo ímpeto desbravador dos povos ibéricos que alavancaram o florescimento da ciência náutica, descobrimento de novas terra e fundação de colônias distantes, onde eram buscadas toda a sorte de riquezas naturais e especiarias que revitalizaram o comércio no Velho Mundo.

O sistema feudal estava entrando em falência¹⁷, o que permitiu o vigoroso surgimento dos Estados nacionais Europeus, em razão da fragmentação de imensos territórios submetidos a um regime de suserania e vassalagem.

Os mencionados Estados nasceram calcados na centralização do poder ditado pelo absolutismo monárquico que, por sua vez, demonstrou-se eficaz às instituições e formas de organização social a que as populações se submetiam.

Neste momento histórico, temos o surgimento de correntes de caráter humanístico, dando espaço ao desenvolvimento da filosofia, acentuando, especialmente, a busca pela capacidade humana.

Sim, o momento era de busca pela racionalidade, desencadeando-se a uma visão antropocêntrica de mundo somada agora ao fortalecimento dos Estados-Nações. Essa transição foi um grande contraste à Idade Média, que foi marcada pela forte influencia do catolicismo romano, cujos alicerces já haviam sido abalados pelas reformas religiosas reclamadas por Martinho Lutero¹⁸.

Juridicamente falando, importante destacar as ideias filosóficas que viriam a questionar sobre forma de governo e a ocupação do poder, o que ficou

¹⁷ A propósito, o termo “Estado” foi empregado pela primeira vez por Maquiavel, em sua obra “*O Príncipe*”, escrito em 1.513, que se inicia com as seguintes palavras: “*Todos os Estados, todos os governos que tiveram e têm autoridade sobre os homens, foram e são repúblicas ou principados*” (O Príncipe, 1.976, p. 05). Sobre o tema, v. Dalma Dallari, *Elementos da teoria geral do Estado*, 1989, p.43 e 190.

¹⁸ Apenas para fins deste trabalho, é válido lembrar que Martinho Lutero pôs à prova questionamentos da ortodoxia religiosa, pregando, em 1.517, suas 95 teses na porta da igreja de Wittenberg, afrontando a autoridade da Igreja Católica, de modo a alavancar a Reforma Protestante.

conhecido, posteriormente, como Iluminismo. Sabe-se que, no que tange ao nascimento do constitucionalismo, na Idade Moderna, a filosofia não somente afetou o Direito Privado, mas também o Direito Público em essência, através de fortes ideais carreados a larga escala por revolucionários que eclodiram na Inglaterra, França e Estados Unidos.

Na Inglaterra, como dito anteriormente, as primeiras investidas com o intuito de combater os abusos do poder monárquico ocorreram, de forma inovadora e bem orquestrada, ainda no ano de 1.215 quando o Rei João Sem Terra editou a Carta Magna, elaborada não em vão, mas porque foi forçado a rever suas posições quanto à conturbada relação mantida com os barões.

Séculos após este advento, o Rei Carlos I envolveu-se em diversas disputas com o Parlamento, dissolvendo-o quando julgou conveniente aos seus interesses pessoais, criando, também, impostos aviltantes, dando margem ao surgimento de movimentos separatistas advindos da Escócia e Irlanda.

Incapaz de atenuar as tensões religiosas entre protestantes e católicos, o referido Rei teve um trágico desfecho, acabando por ser decapitado.

Em 1689, o Parlamento, após conturbadas e árduas disputas religiosas e políticas, aprovou o “English Bill of Rights: An Act Declaring The Rights And Liberties Of The Subject And Setting The Succesion Of The Crown”.

A relevância do *Bill of Rights*, basicamente, materializa-se com a inserção da Inglaterra na vanguarda europeia da defesa dos ideais iluministas, reafirmando as grandes conquistas do passado, consagrando novos direitos de extrema importância como o direito de petição rudimentos do *habeas corpus*, imunidade parlamentar e revitalização do devido processo legal.

O período desponta numa libertação progressiva do poder religioso a um poder autoritário, sem, contudo, desprezar a legitimação para tanto. Aqui, destaca-se a ideia de Soberania, concebida como absoluta e indivisível¹⁹, um dos elementos essenciais do poder político estatal.

É através desta soberania que derivam as ideias de supremacia interna e independência externa.

¹⁹ Nesse sentido, Jean Bodin (1.530 – 1.596) foi o autor da primeira obra teórica a desenvolver o conceito de soberania: *Les six livres de a Republique*, publicado em 1.576, no qual a qualificou como “absoluta, indivisível e permanente”.

A Nação Norte-americana é responsável pela redação de um dos mais importantes capítulos jurídicos, influenciada pelas teorias de John Locke e Montesquieu²⁰, que promoveram sustentáculos filosóficos presentes nos escritos políticos-jurídicos dos fundadores dos Estados Unidos.

Nesse sentido, a crescente agitação nas colônias inglesas a lançar seus habitantes contra o poder inglês, no campo da legalidade, abriria portas para a consolidação de importantes princípios que serviram como respaldo à construção de um primeiro ideal no terreno dos Direitos Fundamentais.

A Constitucionalização do Direito estava nascendo, ou seja, a concretização das normas constitucionais, trouxe a efetiva segurança de que não existiram apenas a disposição normativa constante em uma folha de papel: tratava-se de um “Contrato Social”, no qual os homens confiavam no nascimento do Estado Civil para preservação de seus direitos fundamentais e naturais²¹.

Assim, em 1.776, a Revolução Americana trouxe consigo um tríptico conteúdo: (i) independência das colônias; (ii) superação do modelo monárquico; (iii) implantação de um governo constitucional fundado na separação de Poderes, na igualdade e supremacia da lei (*rule of law*)²².

²⁰ Montesquieu defende a teoria da separação dos poderes, em sua marcada obra “Do Espírito das Leis”, em 1.748.

²¹ Observa-se que essa ideia de legitimação para o nascimento do Estado com a preservação dos direitos naturais é patente no pensamento de Locke. Ao contrário, Hobbes entendia que haveria uma negação (que se daria em troca da proteção do Leviatã) total de qualquer direito anterior, pois, não haveria ainda um Estado que o concedesse. Vislumbra-se nesse momento, um Estado de natureza, pré-político, mas não selvagem, e onde tal conjectura não passa de uma abstração justificadora e legitimadora para o nascimento da sociedade política organizada. Para um aprofundamento crítico sobre tema veja-se: STRECK, Lênio Luiz. MORAES, José Luis Bolzan de. Ciência política e teoria do estado. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 28-50.

²² BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2.018, p. 42.

Por fim, na França, o Rei Luís XVI aspirava violentas manifestações populares, que clamavam contra as terríveis condições de miséria, bem como por uma aristocracia acostumada por dispor de privilégios e favores reais²³.

Compartilhados de um mesmo sentimento de furor em detrimento o “Terceiro Estado” – burguesia, que era responsável pelo pagamento de impostos altíssimos aliaram-se às crescentes hordas que se organizavam por todo o país.

O desfecho trágico culminou em Janeiro de 1.793, na execução de Luís XVI, na guilhotina, acusado de ser um traidor das ideias da Revolução, que consistia em transformar a França numa espécie de monarquia constitucional.

Os ideais eram pautados nos propósitos mais evidentes do combalido Terceiro Estado: liberdade, igualdade e fraternidade.

Mais que um evento histórico, a Revolução Francesa representou um papel simbólico por toda a Europa, visto que coube a ela dar o sentido moderno do termo “revolução”, resultando num novo curso para a história, mudando os tempos do absolutismo em liberal e da sociedade, não mais feudal e aristocrática, mas sim, burguesa²⁴.

Foi nesse contexto que se redigiu a monumental Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão aos 26 de agosto de 1.789, composto por 17 artigos, entendido como *“uma espécie de carta geográfica fundamental para a navegação política dos mares do futuro, uma referência indispensável a todo projeto de constitucionalização dos povos”*²⁵.

Ressalta-se aqui que neste momento, o Poder Executivo passa a submeter-se integralmente à lei, restando ao poder legislativo estabelecer direitos. Trata-se da representatividade do povo institucionalizada, como forma de alcançar a democracia.

²³ Abre-se um pequeno parêntesis apenas para explicar que a situação de grave crise financeira do país decorreu da guerra travada com a Inglaterra e pelo apoio aos revoltosos nas colônias americanas.

²⁴ Nestas linhas, o Ilmo. Ministro Luis Roberto Barroso reconhece o desempenho da Revolução Francesa como *“um papel simbólico arrebatador no imaginário dos povos da Europa”* (BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 2018, p. 51).

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Afirmção Histórica dos Direitos Humanos, p. 163.

Assim, nasce o Estado Democrático de Direito: um sistema estatal fundado na separação dos Poderes que priorize a existência de um sistema jurídico e democrático.

Desta forma, verifica-se uma época de notáveis avanços políticos-ideológicos que influenciaram diretamente na limitação do poder de Estado e construíram a base norteadora do constitucionalismo que floresceram como baluarte contra os desatinos do absolutismo monárquico.

2.1.5. Idade Contemporânea: Positivismo e Surgimento do Estado Democrático de Direito

Durante os Séculos XVIII e XIX ideias de democracia começaram a se desenvolver. O Poder Legislativo é reforçado, dando espaço ao que chamamos de positividade de direitos, reunindo diversos estudiosos no campo da ciência e da filosofia analítica. Temos, então, o surgimento do positivismo jurídico.

Neste momento da história jurídica, o direito criado por meio da autoridade legislativa.

O Jurista inglês John Austin entendia que o direito *“decorre de fontes humanas”*²⁶. O Filósofo austríaco Hans Kelsen, nesta mesma esteira, observava que *“somente o direito posto por seres humanos é direito positivo”*²⁷.

Da proposta deste último estudioso, temos que o critério de justiça haveria que se abster de quaisquer influências externas que não pertenciam ao direito.

26 AUSTIN, John. The uses of the study of jurisprudence (1863). The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence. London: Weidenfeld, 1954, p. 124 in DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: significado e correntes. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

27 KELSEN, Hans. Was ist juristischer Positivismus? Juristenzeitung, nº 15/16, 1965, p. 465 in in DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: significado e correntes. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

Ressaltemos, pois, que é no Estado Moderno que encontramos um Estado adstrito à Lei. Nesse sentido, assim reconhece o Ilmo. Professor e Juiz Alexandre Carneiro:

“Em oposição à forma de exercício de poder no período antecedente, o Estado moderno buscou uma legitimação que pode ser chamada de legal-racional,⁶ segundo a qual a justificativa do dever de obediência de um grande número de indivíduos com relação a um pequeno estaria na submissão de todos à lei parlamentar, fruto da razão e reflexo de uma relação necessária entre os Homens, na linha da mais pura corrente positivista caudatária do movimento iluminista²⁸.”

O modelo parecia ser estável, até que as perturbações advindas das disputas de terras decorrentes de nacionalismos, acometidos durante os séculos XIX e XX, desencadeassem na Primeira Grande Guerra, em 1.914

O período era de rivalidades e tensão entre as nações do continente europeu, as quais envolveram-se em alianças militares, resultando na seguinte divisão: de um lado havia a (i) Tríplice Aliança, formada por Alemanha, Áustria-Hungria, Império Otomano e Itália e de outro lado a (ii) Tríplice Entente, formada por Rússia, Grã-Bretanha e França.

O modelo jurídico acabou, conseqüentemente, sofrendo abalados com as sequelas da Primeira Guerra Mundial.

A Alemanha que tinha ascendido notoriamente, agora estava em uma situação de grave crise, o que causa grande parte de sua revolta para que viesse a desencadear a Segunda Guerra Mundial.

Em tempos sublinhados pelo autoritarismo e pela necessidade de um Estado Democrático, viu-se grande necessidade de um controle jurisdicional dos atos do Estado.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1.945, essa busca tomou corpo pela Europa, momento o qual começou a ser repensado sobre o ideal constitucional diante da ruptura do positivismo e reaproximação entre os institutos da ética, moral e direito, como também houve o reconhecimento da utilização da lei como justificativa

²⁸ FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha. Burocracia, legalidade e eficiência – notas sobre supostas (in)compatibilidades. Cadernos Jurídicos, São Paulo, ano 20, nº 47, p. 9-21, Janeiro-Fevereiro/2019.

de atrocidades cometidas pelos administradores.

Lembremo-nos que os Textos Constitucionais não deixavam de ser meras disposições inertes sobre à atuação dos poderes públicos, permitindo uma ampla liberdade da atuação dos administradores, período em que a atuação do Poder Judiciário era restrita.

Desta forma, dos Textos Constitucionais apenas dispunham de conteúdos mais direcionados aos Poderes Executivo e Legislativo.

Após a Segunda Guerra, o Poder Judiciário recebeu maior atenção, visto que assumiu maiores responsabilidades para promover a defesa dos direitos fundamentais em face dos atos formais e leis injustas.

O Princípio da Legalidade Administrativa, passa a ser sinônimo de “Direito” em meio ao contexto histórico: “*administrar é aplicar a lei de ofício*”²⁹ e é justamente o próximo item que tratará de efetuar a digressão deste princípio e última parada histórica de nossa linha do tempo.

2.1.6 Marcos históricos da evolução do Princípio da Legalidade

Chegamos ao período em que o Estado que não realizava grandes intervenções na ordem social e econômica, prestando-se apenas a promoção dos serviços essenciais. Nas lições de Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁰:

“(...)este Estado, em sua forma típica e original, caracteriza-se, primeiro, pelo reconhecimento de que o Poder é limitado por um Direito superior, que está fora de seu alcance mudar. Tal Direito, natural porque inerente à natureza do homem, constitui a fronteira que sua atuação legítima não pode ultrapassar. Visto do ângulo dos sujeitos (passivos) do Poder, esse Direito é um feixe de liberdades, que preexistem à sua declaração solene, e recobrem o campo da autonomia da conduta individual. Autonomia que é a regra, a qual sofre apenas as restrições estritamente necessárias ao convívio social”.

²⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra Fagundes. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 03.

³⁰ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. O Estado de direito e o direito natural. *Estado de Direito e Constituição*, p. 12.

Como acima visto e bem explicado, constata-se que introdução de um Estado de Direito, compreendeu na substituição dos caprichos reais como forma de fonte do Direito pelo ideal de que, através do Parlamento, a lei trata-se de um processo resultante da coletiva do povo.

Agora, com boa delimitação da separação de poderes, o Poder Executivo teve sua capacidade limitar para ditar leis, passando a editar atos de governo, expressamente ilustrado no art. 5º da Declaração dos Direitos do Homem, de 1.789: *“A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo o que não é vedado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser forçado a fazer o que ela não ordena”*.

Complementarmente, assim dispõe o art. 7º. Do referido diploma:

“Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias serão castigados; porém todo cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência”.

Curiosamente, a Constituição Francesa de 1.791, no art. 3º, estabeleceu que *“não há na França autoridade superior à da lei. O rei não reina mais senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência”*.

Temos assim o surgimento do Princípio da legalidade e a consagração do Princípio da Separação dos Poderes.

Importante abrir um parêntesis para esclarecermos que, conforme vimos, a Legalidade para o particular sempre existiu, seja Idade Antiga, seja Idade Média ou Moderna. O que temos como uma das grandes influências da Revolução Francesa é a que o Princípio da Legalidade tem uma segunda conotação: enquanto antes o particular agia conforme a lei assim dispunha, agora age conforme o que a lei não o proíbe, somado ao fato e igual maneira que o Estado também só agirá conforme a lei assim permitir.

2.2. Os reflexos no Direito Administrativo Brasileiro

Inicialmente, consigne-se que as Cartas Constitucionais não ultrapassavam de meras disposições direcionais de prognósticos inatos e inertes que correspondiam à atuação dos poderes públicos, não incidindo em uma vinculação, mais, permitindo uma ampla liberdade de atuação, de modo a restringir a atuação dos Poderes Judiciário.

Nesse sentido, é válido lembrar que anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil encontrava-se em um período de Ditadura Militar, onde o regime autoritário fora instituído com o golpe militar de 31, de Março de 1964, deposto o presidente João Goulart, perdurando até o ano de 1985.

O País vivenciou um período intenso de restrição de liberdades, sendo o qual compreendeu, em suma, na substituição da Constituição de 1946, dissolução do Congresso Nacional, supressão de liberdades civis e criação de um código de processo penal militar, sendo que este, por sua vez, permitia que o Exército Brasileiro pudesse prender e encarcerar pessoas suspeitas que causassem revolução, além de impossibilitar qualquer revisão judicial de suas condutas.

Paralelamente a este cenário Brasileiro, no plano mundial, após o fim da Segunda Guerra Mundial, o movimento de constitucionalização tomou corpo pela Europa, momento o qual começou a ser repensado sobre o ideal constitucional diante da queda do positivismo, reaproximação entre os institutos da ética, moral e direito, como também a utilização da lei como justificativa de atrocidades.

Em continuidade a este quadro, as normas advindas da Constituição tornaram-se de maior imperatividade, vinculativas e obrigatórias.

Mas voltando à situação Brasileira à época anteriormente mencionada, ainda que tenham sido tempos difíceis para aquela população, é possível abstrair alguns pontos que impulsionaram a Constitucionalização do Direito Administrativo ocorrerem.

A busca por um maior respaldo social, buscou a implementação de um Estado de Direito monitorado por meio dos Poderes Legislativo e Judiciário.

A Constitucionalização do Direito, ou seja, a concretização das normas constitucionais, trouxe a efetiva segurança de que não existiram apenas uma folha de papel em branco: tratava-se de um “Contrato Social”, no qual os homens confiavam no nascimento do Estado Civil que viria para preservar seus direitos

fundamentais e naturais.

Neste período, o Direito Administrativo Brasileiro adquire sua independência, sua “autonomia científica” e uma conformação sistêmica, assumindo o *status* de “*ciência madura*”. Celso Antônio Bandeira de Melo entende que é realmente primordial conhecer o Direito Administrativo como um sistema coerente e lógico, investigando liminarmente as noções que instrumentam sua compreensão sob uma perspectiva unitária. Dois ideais receberão destaque na configuração do nosso modelo Brasileiro, firmando um paradigma jurídico ainda hoje muito influente em nossa cultura jurídica: a) a da supremacia do interesse público sobre o privado; e b) a da indisponibilidade dos interesses públicos.³¹

Além destes, que compõe os princípios basilares da Administração Pública, merece uma atenção especial no que diz respeito o Princípio da Legalidade Administrativa, onde a lei passa a ser sinônimo de “Direito” em meio ao contexto dominado pelo Positivismo, como visto anteriormente.

O Ilustre Doutrinador do Direito Administrativo, nessa senda, afirmará em lição clássica que “não há liberdade nem vontade pessoal da Administração”, pois, “enquanto ao particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza³²”.

Logo, a Administração Pública deverá atuar de forma adstrita ao que a lei estabelecer, sendo que esta, por sua vez, delimita os direitos individuais e, simultaneamente, os limites da atuação administrativa.

Num plano das ideias, a lei viria a garantir o respeito aos direitos civis (liberdade e propriedade), como também, haveria um manifesto da “vontade pública” (interesse público) que deveria prevalecer sobre a vontade dos órgãos administrativos e dos particulares, quando em confronto destes.

Com a promulgação da Constituição de 1.988, devidamente elaborada por uma Assembleia Constituinte, legalmente convocada e eleita, tratou de promover mudanças significativas ao Direito Brasileiro.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. São Paulo: Malheiro Editores, 2.013, p. 23- 24

³² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.014, p. 82-83.

A tradição do regime representativo foi mantida. Mas houve ampliação e fortalecimento dos direitos individuais e das liberdades públicas, garantindo, por conseguinte, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

De igual forma, conservou o Poder Executivo firme, permitindo a edição de medidas provisórias com força de lei.

A Nova Constituição tratou também de estabelecer a educação fundamental como obrigatória, universal e gratuita, bem como enfatizou a defesa do meio ambiente, transformando o combate à poluição e preservação da fauna, flora e paisagens naturais em obrigação da União, Estados e Municípios.

Outro fator importante para o mundo jurídico foi que a atual Constituição determina que o poder público tem o dever de preservar documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, bem como os sítios arqueológicos.

No espaço político, ocorreu a regulamentação de questões eleitorais. O mandato do presidente da República, a título exemplificativo, ficou reduzido de cinco para quatro anos e, em 1997, foi aprovada a possibilidade de reeleição do Presidente da República, Governadores e Prefeitos.

Ainda, os parlamentares submetidos a processo que possa levar à perda de mandato e à inelegibilidade não poderão renunciar para impedir a punição, como também candidatos processados por crime comum não poderão ser eleitos.

Destaca-se que houve em nossa Constituição, depois de tratar dos três poderes e suas esferas de governo, há um capítulo dedicado especialmente à Administração Pública, estabelecendo-se, de forma geral, os princípios e regras a serem observados pela *“administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”*.

Ademais, houve a fixação de diversos princípios e temas administrativos constantes na atual Constituição Federal.

Nesse contexto é válido fazer menção ao que o admirável Ministro Luís Roberto Barroso assevera quando indica três conjuntos de circunstâncias³³ que devem ser consideradas no âmbito da Constitucionalização do Direito Administrativo, as quais se complementam para a configuração do modelo atual e

³³ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2.018, p. 415 – 417.

servem como paradigmas de reflexão: (i) Existência de uma vasta quantidade de normas Constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; (ii) Sequência de transformações sofridas pelo Estado Brasileiro nos últimos anos; e (iii) Influência dos Princípios Constitucionais sobre as categorias desse ramo do Direito.

Percebe-se, portanto, que a concretização dos Direitos Fundamentais, diretamente oponíveis à Administração promoveu uma “substantivação” do Direito Administrativo, conferiu um espaço ao surgimento de uma matéria que se atente maiormente com a proteção da posição jurídica do cidadão contra o arbítrio.

Essa nova posição, calçada no discurso dos direitos fundamentais, demandou a alteração do papel tradicional da Administração Pública que encontrasse obrigada a abandonar o modelo autoritário de gestão da república para se incorporar em um centro de respeito, proteção e promoção dos Direitos Fundamentais, onde o Poder Público há prerrogativas de procurar ou atrair os indivíduos para o debate sobre questões de interesse comum, as quais deverão ser solvidas mediante acordo, em vez de decidir unilateralmente.

Repise-se, esses novos fatores mudaram o foco do Direito Administrativo, que deixa de ser fundado exclusivamente na imperatividade, passando a valorizar o consenso do cidadão e da sociedade com o Estado, ensejando o incremento de mecanismos da democracia participativa e incrementado, em seu conteúdo, a filosofia e os artifícios do moderno constitucionalismo democrático.

2.3.1 Os Reflexos da Constitucionalização do Direito Administrativo

Com o advento da Constitucionalização do Direito, alguns de seus novos paradigmas influenciaram de maneira decisiva sobre o estudo do Direito Administrativo.

A estrutura da Administração Pública enfrenta, atualmente, um duplo desafio, a saber: ela própria tornar-se democrática e de viabilizar a participação dos cidadãos nos processos decisórios.

O Ministro Luís Roberto Barroso identifica³⁴ os novos paradigmas que norteiam as transformações Constitucionais, provenientes do processo de Constitucionalização, sendo válido contemplá-los neste trabalho, quais sejam:

(i) Força Normativa da Constituição: Uma das grandes mudanças de modelo da Constituição foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica;

(ii) Expansão da Jurisdição Constitucional: O Supremo Tribunal Federal poderá exercer o controle de constitucionalidade;

(iii) Reelaboração Doutrinária da Interpretação Constitucional: Impacto sobre a hermenêutica jurídica de modo geral e sobre a interpretação da norma constitucional, sendo que o pluralismo de visões, valores e interesses, complexidade da vida contemporânea, demandas por justiça, e afins, influenciaram diretamente para que sejam considerados quando da interpretação.

Não obstante à ideia que Barroso traz em sua obra, é possível visualizar, em um contexto maior, outras reflexões advindas da Nova Constituição, as quais vieram a ser cenário da superação de algumas concepções do pensamento jurídico clássico, conforme abaixo elencadas:

(i) Redefinição da Ideia de Supremacia do Interesse Público Sobre o Interesse Privado e a Ascensão do Princípio da Ponderação de Direitos Fundamentais

É de notório conhecimento que a maior parte da doutrina do Direito Administrativo identifica o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado como sendo um dos princípios basilares da Administração Pública.

Este é reconhecido como “um verdadeiro axioma no Direito Público, proclamando a superioridade do interesse da coletividade³⁵”, o qual fundamenta toda

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2.018, p. 300 – 303.

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. São Paulo: Malheiro Editores, 2.013, p. 60 – 61.

a “posição privilegiada do órgão administrativo nas relações com os particulares, nos limites das funções determinadas pela lei³⁶”, sendo a origem de todos os demais princípios do regime jurídico-administrativo.

De fato, o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado não está expressamente previsto na Constituição, nem bem em legislação ordinária. Ele é um princípio implícito que é extraído da Constituição Federal.

(ii) Superação da Clássica Concepção do Princípio da Legalidade como Vinculação Positiva do Administrador Apenas à Lei

Durante muito tempo o Princípio da Legalidade foi entendido como sendo aquele em que o administrador apenas atuaria quando o legislador determinar ou autorizar. Portanto, somente poderá fazer aquilo que a lei que conferir autorização.

No entanto, com a visão pós-positivista do Direito, o Princípio da Legalidade ganha novo corpo, transmutando-se para Princípio da Juridicidade ou Constitucionalidade, sendo o qual a Constituição deverá ser encarada com superioridade perante às normas infraconstitucionais.³⁷

É importante lembrar que as transformações ocorridas durante a transição do Estado Liberal para o Estado Social, impulsionaram a superação da legalidade formal, no sentido de que não há possibilidade de prever legalmente toda atividade estatal. Por este motivo, existe a necessidade de uma margem de decisão e discricionariedade a ser deixada pelo legislador ordinário para o administrador.

Assim o sendo, à medida que a atuação estatal é ampliada com essa concepção de juridicidade, maior também deverá ser o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, com a finalidade de evitar os abusos e ilegalidades.

Quanto ao ato discricionário, é interessante lembrar que existe um limite da discricionariedade: o Poder Judiciário poderá apreciar a legalidade do ato administrativo, devido ao fato de que o ato discricionário está delimitado previamente pelo legislador.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2.018, p. 95 – 99.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2.018, p. 376 – 377.

Assim, o Judiciário poderá apreciar os prismas da legalidade e verificar se o administrador não ultrapassou os limites de sua discricionariedade, podendo até mesmo invalidar o ato administrativo pela não observância a estes dois aspectos.

Nesse sentido, o Princípio da Razoabilidade deverá também ser observado para que seja inferida uma valoração subjetiva em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável em face da lei.

Logo, é possível que o Judiciário efetue o controle sobre a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela Lei³⁸.

(iii) A Possibilidade de Controle Judicial do Mérito do Ato Administrativo e sua Motivação

Outro objeto que é digno de destaque quanto à mudança de paradigma, diz respeito à possibilidade de controle judicial do mérito administrativo.

O referido controle, antes, limitava-se apenas aos aspectos da legalidade do ato administrativo, com a possibilidade de anulação somente quando houvesse o vício na competência, forma ou finalidade. Não era possível a anulação do ato administrativo no tocante ao mérito, sendo a discricionariedade administrativa vista como algo intangível.

Consignados estes marcos, é importante que se estabeleça como premissa que o Direito Administrativo é materializador da Constituição Federal, sendo que grande parte dos seus institutos tem fundamento Constitucional (como a desapropriação, tombamento, requisição, regime do servidor público, requisição, regime previdenciário do servidor público, princípios da Administração Pública, licitações, etc.) e com o tempo, sua importância cresceu continuamente através de legislações, doutrinas e jurisprudências. Como consequência, influenciou em uma maior “efetividade a preceitos constitucionais”, assim como leciona ³⁹a grandíssima Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30ª edição. São Paulo: Editora Forense Ltda., 2.017, p. 260-261.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 30ª edição. São Paulo: Editora Forense Ltda., 2.017, p. 59.

Sendo assim, estabelecer-se-á um ponto de partida para concretizar a ideia da “efetividade” da atuação de fato das normas constitucionais⁴⁰.

Tão logo, a partir deste pensamento, nota-se que para a consumação da eficácia jurídica ocorra, basta que a norma seja aplicada. Consequentemente, a concretização da aplicação normativa de fato deixa evidenciar o real propósito Constitucional: uma norma clara e objetiva que gerem aspirações sociais reais de poder.

Ocorre que o pensamento moderno acredita que não basta apenas a eficácia jurídica: devido à Carta Magna ter adotado um Estado Democrático de Direito, deve-se seguir um princípio máximo, ou seja, o Princípio da Dignidade Humana.

Portanto, além da eficácia, será necessário efetuar uma análise de compatibilidade vertical, disposta pela Constituição, de modo a estabelecer uma adequada interpretação e justa aplicação as normas⁴¹.

Adiante, a ideia de discricionariedade assume uma de liberdade de atuação dentro dos limites impostos pelo texto constitucional e pela legislação.

No mesmo compasso, os Princípios Administrativos assumem corpo e normatividade e, por esse motivo, é permitido um controle ampliado e dotado de maior efetividade dos atos administrativos. Isso devido ao fato de que se faz necessária a adequação do ato administrativo a todo o ordenamento jurídico vigente, abrangendo as regras, princípios e demais atos normativos.

Desse modo, será possível, com fundamento na juridicidade, o ato administrativo ser invalidado.

Assim, a invalidação de um ato administrativo por violação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, não significa que houve um exame do conteúdo

⁴⁰ Neste bojo, Luís Roberto Barroso explica que eficácia dos atos jurídicos “*consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou em menor grau, os seus efeitos típicos*” (BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 81.

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Themis: Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4 , n. 2, p.p. 13 e 100.

do mérito pelo judiciário, mas verificação do limite imposto pelo direito ao administrador na utilização desse mérito.

Portanto, o controle do ato discricionário pelo judiciário não configura invasão das funções estatais, uma vez que se enquadra no papel do judiciário, em sua função típica, verificando se foram observados pelo administrador os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Insta salientar que não há substituição da apreciação discricionária administrativa pela vontade do magistrado, sendo que, necessariamente, deverá ser motivada.

É sabido que a sociedade vem exigindo maior transparência no trato dos atos públicos, de maneira que o Estado deverá demonstrar as razões de fato e de direito que ensejaram a prática do tal ato. Por conseguinte, além de legitimar a atuação estatal, servirá como meio imprescindível de controle judicial e social da decisão administrativa.

Destarte, a motivação se demonstra como um instrumento essencial para efetuar o controle externo do ato, especialmente quando exercido pelo judiciário. Isso porque o administrador procederá de forma razoável e proporcional, colaborando com a legitimidade do procedimento administrativo em consonância da ponderação de interesses.

Como vislumbrado anteriormente, resta constatar que a Constitucionalização do Direito Administrativo, resultante de mutações de ordem histórica, filosófica e teórica, contribuiu de maneira crucial na atividade administrativa. Nesse cenário, é possível perceber que se perde gradativamente a visão puramente formal, o caráter impositivo do poder público e legalista, ao passo que cresce a aplicação da atividade judicial, de modo a conferir maior legitimidade ao processo devido à participação o cidadão nos controles dos atos estatais.

Por derradeiro, há a incorporação do sentido “principiológico” e as novas formas de interpretação constitucional, tendo a Constituição Federal como o centro do ordenamento jurídico e por finalidade a garantia da efetividade e da concretização dos Direitos Fundamentais.

3. ELEMENTOS CONCEITUAIS

Para uma melhor compreensão da linha jurídica a ser desenrolada, serão necessários abordar alguns aspectos conceituais.

Assim, restarão melhores demonstrados como é a vertente da atividade administrativa sob a égide da Legalidade Administrativa.

Pois bem.

3.1. Regime Jurídico de Direito Administrativo

Inicialmente cabe aqui delimitar que o Regime Jurídico de Direito Administrativo compreende em um conjunto de regras que trata de disciplinar interesses coletivos, valendo-se de prerrogativas de direito público, aplicáveis aos órgãos e entidades que compõem a Administração Pública e seus agentes administrativos em geral.

Marçal Justen Filho estabelece que o Regime Jurídico de Direito Público consiste no conjunto de normas jurídicas que disciplinam o desempenho de atividades e de organizações de interesse coletivo, vinculadas direta ou indiretamente à realização dos direitos fundamentais, caracterizado pela ausência de disponibilidade e pela vinculação à satisfação de determinados fins⁴².

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a expressão “Regime Jurídico Administrativo” é reservada tão somente para abranger o conjunto de traços, de conotações que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa. Basicamente, pode-se dizer que o Regime Jurídico Administrativo resume-se a duas palavras apenas: prerrogativas e sujeições⁴³.

É válido salientar que esse conjunto de regras, concede ao Estado um patamar privilegiado em relação ao particular, através da qual consegue impor seus

⁴² FILHO, Marçal Justen Filho. Curso de Direito Administrativo. Editora Saraiva. São Paulo, 2005. p. 48.

⁴³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 19ª edição. Editora Atlas. São Paulo, 2006, pag. 64.

objetivos, simultaneamente estabelece restrições.

Nesse sentido, o Ilustre doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo explica que o Regime Jurídico de Direito Público resulta justamente da característica normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua singularidade. Juridicamente falando, esta caracterização consiste na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente, delinea-se em função da consagração de dois princípios: a) Supremacia do Interesse Público sobre o Privado; b) Indisponibilidade, pela Administração, dos Interesses Públicos⁴⁴.

Destarte, tais prerrogativas e restrições concedidas à Administração Pública são concretizadas nos princípios da Supremacia do Interesse Público e da Indisponibilidade do Interesse Público.

Desta forma, o que se sobrepõe a todo o estudo realizado até o presente momento é que o Princípio da Legalidade ⁴⁵sempre desempenhou não somente um importante mecanismo de controle, como estabeleceu os parâmetros atuação do Estado⁴⁶.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª edição. Editora Malheiros. São Paulo, 2005, pag. 55.

⁴⁵ No que concerne ao Direito Administrativo Brasileiro, assim posiciona-se o Ministro Gilmar Ferreira Mendes em comentário ao art. 5º, II, da atual Constituição: “*no primeiro quartel do século XIX, a Constituição Imperial de 1824 incorporou o postulado liberal de que todo o Direito deve expressar-se por meio de leis. Essa ideia inicial de ‘Império da Lei’, originada dos ideários burgueses da Revolução Francesa, buscava sua fonte inspiradora no pensamento iluminista, principalmente em Rousseau, cujo conceito inovador na época trazia a lei como norma geral e expressão da vontade geral (volonté general)*”. E ainda complementa que “*a generalidade de origem e de objeto da lei (Rousseau) e sua consideração como instrumento essencial de proteção dos direitos dos cidadãos (Locke) permitiu, num primeiro momento, consolidar esse então novo conceito de lei típico do Estado Liberal, expressado no art. 4º da Declaração de Direitos de 1789: ‘A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica ao outro. O exercício dos direitos naturais de cada homem não tem mais limites que os que asseguram a outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Estes limites somente podem ser estabelecidos pela lei’*”. (CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 243).

⁴⁶ Nesse sentido, Pedro Costa Gonçalves assim conclui sobre o princípio: “*Estamos já em condições de perceber que o princípio da legalidade cumpre um papel na função de legitimação da ação*

3.2. Poderes Administrativos

A ideia de “poderes administrativos” nasce com a concepção de que seriam atribuições da autoridade administrativa para exercer a função administrativa⁴⁷.

A doutrina de Hely Lopes Meireles estabelece o poder administrativo como a outorga do dever de agir em prol do interesse público, de modo que o poder de agir transforma-se em um dever de agir.

Em seguida, conclui que o Direito Público trata-se de uma imposição incumbida à autoridade no dever de agir⁴⁸.

Em complementação, o Ilmo. Professor Celso Antônio Bandeira de Mello observa que esses “deveres poderes⁴⁹”, no seu exercício, devem respeitar a

administrativa, uma vez que (em regra) é a lei que autoriza a Administração a agir, bem como na função de condicionamento da ação administrativa” (GONÇALVES, Pedro Costa. Funções e valores do direito administrativo. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. Revista dos Tribunais. Vol. 3. Out – Dez, 2.017, p. 25 – 48).

47 Esta ideia é introduzida pelo saudoso professor Hely Lopes Meireles, que assim entende: *“Para bem atender ao interesse público, a Administração é dotada de poderes administrativos – distinto dos poderes políticos – consentâneos e proporcionais aos encargos que lhe são atribuídos. Tais poderes são verdadeiros instrumentos de trabalhos, adequados à realização das tarefas administrativa” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.014, p. 130).*

48 Assim leciona o professor: *“O poder administrativo, portanto, é atribuído à autoridade para remover os interesses particulares que se opõem ao interesse público. Nessas condições, o poder de agir se converte no dever de agir. Assim, se no Direito Privado o poder de agir é uma faculdade, no Direito Público é uma imposição, um dever para o agente que o detém, pois não se admite a omissão da autoridade diante de situações que exigem sua atuação. Eis por que a Administração responde civilmente pelas omissões lesivas de seus agentes” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.014, p. 130 – 131).*

49 Quanto aos “deveres poderes” Celso Antônio Bandeira de Mello observa que esses poderes devem ser encarados como instrumentos e não atribuições, conforme verifica-se nas seguintes linhas: *“No passado, sublinhavam-se muito os “poderes” da administração. Ao depois, como hoje já se faz com alguma habitualidade, passou-se a mencionar os “poderes-deveres” da administração. Ainda, assim, o binômio está mal-expressado. O que se deve encarecer é que a administração - e, pois, o administrador - enfeixam “deveres-poderes” porquanto os poderes têm destino apenas serviente.”*

extensão e proporcionalidade, em vistas de que todo excesso cometido resultará no extravasamento da configuração jurídica a que a norma é vinculada⁵⁰.

Aqui, em que pese, lembramos que não defendemos que a Administração Pública goza de poderes. Adotamos aqui a doutrina de Hely Lopes Meirelles para fins de análise de terminologia e teoria.

3.2.1. Poder Hierárquico

O poder hierárquico é aquele no qual a Administração Pública tem o “poder” de dispor sobre sua estrutura interna, distribuindo e escalonando as funções e atividades dos órgãos públicos, mediante a relação de subordinação.

Para Meirelles, é “o de que dispõe o Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoal⁵¹”.

Quanto a este “poder”, a Professora Maria Silva Zanella Di Pietro bem observa que há casos nos quais há distribuição de competência, mas não relação de hierarquia, ainda que a relação hierárquica seja acessória à organização administrativa⁵².

(MELLO, Celso Antônio. O desvio de poder. Revista de Direito Administrativo FGV. v. 172 Publicado em 01 de Abril de 1.988)

⁵⁰ Assim conclui o autor: “*Em suma: os “poderes administrativos – na realidade, deveres poderes – só existirão – e, portanto, só poderão ser validamente exercidos – na extensão e intensidade proporcionais ao que seja irrecusavelmente requerido para o atendimento do escopo legal a que estão vinculados. Todo excesso, em qualquer sentido, é extravasamento de sua configuração jurídica. É, a final, extralimitação da competência (nome que se dá, na esfera pública, aos “poderes” de quem titulariza função). É abuso, ou seja, uso além do permitido, e como tal, comportamento inválido que o Judiciário deve fulminar a requerimento do interessado*” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 99).

⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.014, p. 135.

⁵² Segundo a Ilma. Professora: “*Há de se observar que a relação hierárquica é acessória da organização administrativa. Pode haver distribuição de competências dentro da organização administrativa, excluindo-se a relação hierárquica com relação a determinadas atividades. É o que*

Assim, pode a Administração dispor, ordenar e/ou rever a atuação dos agentes públicos.

Com efeito, é através desse dito poder que a Administração Pública pode organizar-se em escalonamentos para aperfeiçoar-se no atendimento ao interesse público, agindo também, por outra vertente, mediante a responsabilização dos agentes públicos por incumbir-lhes o dever da obediência.

É por meio deste poder também que é possível obter o fenômeno da “desconcentração⁵³” e “descentralização”, conferindo à Administração Pública uma melhor organização de competência e exercício da atividade administrativa.

Por fim, o Ilmo. autor Hely Lopes entende que este Poder desencadeia a fiscalização hierárquica dentro da Administração, sendo possível a atribuição de “faculdades implícitas” ao superior, como as de dar ordens, acompanhar seu cumprimento, delegar e avocar atribuições e rever atos praticados por agentes inferiores na escala de subordinação⁵⁴.

acontece, por exemplo, nos órgãos consultivos que, embora incluídos na hierarquia administrativa para fins disciplinares, por exemplo, fogem à relação hierárquica no que diz respeito ao exercício de suas funções. Trata-se de determinadas atividades que, por sua própria natureza, são incompatíveis com uma determinação de comportamento por parte do superior hierárquico. Outras vezes, acontece o mesmo porque a própria lei atribui uma competência, com exclusividade, a determinados órgãos administrativos, em especial os colegiados, excluindo, também, a interferência de órgãos superiores”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 107).

⁵³ A respeito da desconcentração, o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello explica que é inviável e se assim fosse, haveria um obstáculo ao exercício da atividade atribuída a um agente. Assim, o autor define que a “desconcentração é a distribuição interna de competências decisórias, ou, tido com maior precisão, distribuição de competências decisórias no interior de uma mesma pessoa jurídica” (Mello, Celso Antônio Bandeira. Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 03).

⁵⁴ Assim descreve o autor: “O poder hierárquico tem por missão ordenar, coordenar, controlar e corrigir a atividade administrativa. Com esses objetivos é que se desenvolve a fiscalização hierárquica, no âmbito interno da Administração. Do poder hierárquico decorrem faculdades implícitas para o superior, tais como a de dar ordens e acompanhar o seu cumprimento; delegar e avocar atribuições; rever atos inferiores.” (MEIRELLES, Hely Lopes. A Administração Pública e seus Controles. Revista de Direito Privado. Vol. 23, Janeiro de 1973. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, vol. 03, p. 03).

3.1.2. Poder Disciplinar

Embora parecido em termos linguísticos e que esteja relacionado com o Poder Hierárquico, o poder disciplinar compreende na fiscalização de desempenho dos agentes Públicos.

Enquanto o Poder Hierárquico desconcentra, distribuindo internamente suas competências, o Poder Disciplinar confere o cumprimento de condutas dos agentes públicos.

Di Pietro, por sua vez, entende o referido dever poder de forma mais ampla, o qual incide não somente nas relações do Estado com os seus servidores, mas também com os que com ele contratam⁵⁵.

Assim, Meirelles define que o *“Poder Disciplinar é a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração”*⁵⁶.

É aqui que temos a Administração Pública exercendo o seu controle interno através da aplicação da lei sancionatórias aos seus agentes públicos quando da prática de infrações funcionais.

É possível observar que tanto no Poder Hierárquico quanto no Poder Disciplinar, há o exercício de controle da Administração, de modo que é possível visualizar que a imposição de penalidades é mediada no âmbito do Poder Hierárquico e imediata no Poder Disciplinar, que é efetivada através de Processos Administrativos Disciplinares.

⁵⁵ Nesse sentido: *“Poder disciplinar é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa; é o caso dos estudantes de uma escola pública. Não abrange as sanções impostas a particulares não sujeitos à disciplina interna da Administração, porque, nesse caso, as medidas punitivas encontram seu fundamento no poder de polícia do Estado. No que diz respeito aos servidores públicos, o poder disciplinar é uma decorrência da hierarquia; mesmo no Poder Judiciário e no Ministério Público, onde não há hierarquia quanto ao exercício de suas funções institucionais, ela existe quanto ao aspecto funcional da relação de trabalho, ficando os seus membros sujeitos à disciplina interna da instituição.”* (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 105-106).

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.014, p. 138.

3.2.3. Poder Regulamentar ou Poder Normativo

O Poder Regulamentar, também chamado de Poder Normativo, é aquele que confere aos Chefes do Executivo a capacidade de expedir decretos e regulamentos com a finalidade de promover a organização da Administração Pública ou executar as leis.

Para Hely Lopes Meirelles⁵⁷, o poder regulamentar compreende além da organização da administração, na expedição de decretos autônomos sobre matéria de sua competência que ainda não fora disciplinada por lei.

Contudo, o exercício deste Poder está limitado à complementação de leis. Caso contrário, no caso de incidência de alteração de lei, haverá abuso de poder, de modo que cometerá usurpação da competência do Poder Legislativo.

O Poder Normativo na organização administrativa pode ser realizado através de edição de normas de hierarquia inferior e também na execução de leis, poderá ser efetivado quando houve situações que a lei permita a sua complementação para que, em ato de regulamentação, disponha sobre o conteúdo competente.

Além dos casos acima listados, a Emenda Constitucional nº 32/200 permitiu a edição de decretos que disponham sobre a organização do funcionamento da administração quando não implicar no aumento de despesa, criação ou extinção de órgãos públicos e ainda a possibilidade de extinguir funções e cargos públicos desde que vagos⁵⁸.

Ainda que possa parecer um poder bastante abrangente, trata-se de um poder limitado, visto que não poderá ser exercido amplamente e sim em situações especiais que a lei permite.

⁵⁷ Nesse sentido: “O poder regulamentar é a faculdade de que dispõem os Chefes de Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe do Executivo (CF, art. 84, IV), e, por isso mesmo, indelegável a qualquer subordinado” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.014, p. 142).

⁵⁸ Neste caso, refiro-me ao artigo 84, da Constituição Federal.

3.2.4. Poder Polícia

Segundo Meirelles, “*poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado*”⁵⁹.

Esta atribuição se molda como um instrumento que assegura os direitos individuais ameaçados pelo exercício ilimitado, possibilitando, como consequência, que a Administração Pública fique numa relação superior sobre os particulares⁶⁰.

Em sucintas palavras, a autoridade administrativa exerce o Poder de Polícia para intervir em atividades individuais, justificadamente, para que assegure o interesse da coletividade, coibindo condutas que estejam legalmente regulamentadas para que se tutele o interesse público.

Nesse sentido, é válido ressaltar que tal entendimento, coaduna-se com a previsão do artigo 78, do Código Tributário Nacional que assim dispõe:

Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização, do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966).

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.014, p. 144.

⁶⁰ Nesse sentido, a professora Di Pietro assim observa: “O fundamento do poder de polícia é o princípio da predominância do interesse público sobre o particular, que dá à Administração posição de supremacia sobre os administrados” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 153)

Nestas linhas, não restam dúvidas de que o Poder de Polícia é exercido partindo da premissa da supremacia do interesse público, revelado através da execução de leis onde há limitação dos interesses individuais.

Assim, tem-se aqui que o indivíduo não tem seu direito eximido e sim limitado, visto que ao exercê-lo deve se amoldar às exigências legais da coletividade.

3.2.5. Poder Vinculado e Poder Discricionário

Nas lições de Hely Lopes Meirelles o *“poder vinculado ou regrado é aquele que o Direito Positivo – a lei – confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização⁶¹”*.

Assim, verifica-se que quando exarados estes atos, o administrador reservado e condicionado à norma legal, não possuindo liberdade de agir⁶², em decorrência de que qualquer ato praticado sem a observância da lei, será nulo.

Segundo asseverado pelo próprio autor: *(...)na sua prática, o agente público fica inteiramente preso ao enunciado da lei, em todas as suas especificações. (...) Deixando de atender a qualquer dado expresso na lei, o ato é nulo, por desvinculado de seu tipo-padrão⁶³”*.

Percebe-se nitidamente, neste dever poder, a confusão entre os atos vinculados e as competências atribuídas à Administração Pública.

⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.014, p. 131.

⁶² A respeito da vinculação propriamente dita, o autor explana que: *“difícilmente encontraremos um ato administrativo inteiramente vinculado, porque haverá sempre aspectos sobre os quais a Administração terá opções na sua realização. Mas o que caracteriza o ato vinculado é a predominância de especificações da lei sobre os elementos deixados livres para a Administração”* (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.014, p. 132).

⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.014, p. 132.

De outro lado, em contraste ao poder dever vinculado, existe o poder discricionário que abre margem para muitas discussões. No entanto, nos atentaremos apenas às definições da doutrina majoritária.

O Poder Discricionário possibilita uma margem de liberdade de escolha para quem administra, dentro dos parâmetros legais.

Melhor aclarando, trata-se da atuação do administrador que pode exercer um juízo de valores dentro dos limites fixados na lei.

Destas premissas, é possível compreender o raciocínio do Professor Hely Lopes Meirelles que assim dispõe sobre a matéria⁶⁴:

Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo. [...] Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei [...].

Resume, o referido professor que a “*discricionariedade é a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei*”⁶⁵.

3.3. Princípio da Legalidade Administrativa

Princípio é considerado como um mandamento nuclear de um sistema que se irradia sobre diferentes normas, de modo a servir como critério para compreensão e inteligência delas, justamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhes a tônica que lhe dá sentido harmônico⁶⁶.

⁶⁴ Idem, p. 132-135.

⁶⁵ Idem, p. 135.

⁶⁶ Nesse sentido, coadunamos com a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “*Princípio é, pois, por definição, **mandamento nuclear de um sistema** (regime jurídico administrativo), verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se **irradia** sobre*

Os princípios desempenham um importante papel no âmbito jurídico, sendo que a sua respectiva aplicabilidade assume função:

(i) **integrativa** de modo a preencher lacunas normativas; como também interpretativa, quanto ao entendimento literal da norma jurídica ao caso concreto;

(ii) **limitativa**, no sentido de que funciona como parâmetro de validade de regras legais; e

(iii) **sistematizadora**, como proposição mestra do sistema jurídico sobre as demais normas em sua unidade e coerência.

Por esta vereda, o art. 37 da Constituição Federal determina que a Administração deve obediência ao princípio da legalidade.

De igual sorte, a Administração Pública deverá observar o Princípio da Legalidade na atividade econômica, conforme disposição do art. 170.

O constituinte estabeleceu a submissão dos atos à lei. Imprescindível, por conseguinte, valorizar a importância que o Princípio da Legalidade representa.

Não somente revela-se importante para delegar competências, como também essencial para que imponha atos administrativos restritivos de direitos, conferindo assim segurança e previsibilidade quando aplicados pela Administração.

Nesta senda, não deve-se olvidar a advertência do brilhante professor Felipe Herdem Lima, entendendo que nos casos em que a lei for omissa, a legalidade prevalece na garantia de limitação da Administração frente aos direitos fundamentais⁶⁷.

diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”(MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. São Paulo: Malheiro Editores, 2013, p. 40)

⁶⁷ Nesse sentido, assim entende o professor: “é difícil compreender que, após a Constituição de 1988, ainda seja possível defender a criação de infrações e sanções administrativas exclusivamente através de atos normativos do Poder Executivo. Sobre esse posicionamento, destaco a contradição ao princípio da legalidade quando do silêncio da lei. Em outras palavras, quando a lei for omissa, a legalidade prevalece, tanto em sua feição de garantia como de limitação da Administração frente aos direitos fundamentais.” (LIMA, Felipe Herdem. Legalidade administrativa: tradição, transição e direitos fundamentais. Jota Info. Estado de Direito. Coluna Opinião e Análise. Publicado em 09 Dezembro de 2020).

Assim, verifica-se que o Princípio da Legalidade Administrativa permite que a Administração exerça sua função e vincule, conseqüentemente, os administrados aos seus atos e determinações.

3.4. Interesse público

O elemento do “Interesse Público” (que também é finalidade estatal) possui um papel indispensável quando mencionada a matéria Direito Administrativo, uma vez que seu conceito implica diretamente na fundamentação das relações da Administração Pública, geralmente.

O interesse público possibilita a invocação de preceitos para justificar os atos da Administração Pública, dando margem ao surgimento de dois institutos de suma importância ao âmbito administrativo: indisponibilidade e supremacia do interesse públicos – Princípios os quais serão desenvolvidos mais à frente.

O conceito de interesse público sofre ao longo do tempo intensa ressignificação. Historicamente falando, a definição de interesse público está diretamente relacionado à concepção de sua indisponibilidade e de sua supremacia sobre os demais interesse.

Neste sentido, ao aludir a origem do termo “interesse público”, Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz a aproximação à ideia de bem comum, ilustrando sua origem na antiguidade greco-romana, notavelmente anterior à conformação de um Direito Administrativo, em que se admitia a “existência de interesses gerais diversos dos interesses individuais⁶⁸”

Seguindo a cronologia histórica da ressignificação de “interesse Público”, os contratualistas do final do século XVII e XVIII acabaram por modificar o entendimento comum: Thomas Hobbes e Jean-Jacques Rousseau abordaram a questão de bem comum e de interesse público por diversas diferentes.

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Vinícius Alves Ribeiro. (Org.). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 86.

Para Thomas Hobbes o *“interesse geral não se distingue do interesse individual; o soberano tem que satisfazer o interesse comum, que consiste apenas em satisfazer os interesses particulares”*⁶⁹.

Noberto Bobbio, sustentou a teoria de que interesse público se destrinchou como forma de reação contra a concepção liberal do Estado e que se funda sobre a *“irredutibilidade do bem comum à soma dos bens individuais”*.

Ainda estabelece que este primado público pode assumir diversas formas *“segundo o diverso modo através do qual é entendido o ente coletivo – a nação, a classe, a comunidade do povo – a favor do qual o indivíduo deve renunciar à própria autonomia”*. Em síntese, Noberto Bobbio defende que seria solucionado no seguinte princípio: *“o todo vem das partes”*⁷⁰.

Jean-Jacques Rousseau, por sua vez, não diferencia o interesse geral do interesse individual, mas tratou de especular reflexões de que o interesse comum deveria ser o fundamento do poder do Estado que, conseqüentemente, incorpora a vontade de um todo, fazendo-se necessário o consentimento dos representantes do Estado.

Nessa senda, há uma importante valorização da legitimação individual do Poder Pública que se manifesta através da lei que deve, por seu turno, representar perfeitamente o interesse e bem comum. O resultado se daria pela vontade geral dos governados.

No entanto, a lei *“idealizada como instrumento de proteção das liberdades individuais, acaba por colocar em risco essas mesmas liberdades, tornando-se instrumento de opressão”*⁷¹.

É válido aqui trazer a visão da Ilustre Doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a qual trata de explicar que a prevalência das teorias individualistas e liberais

⁶⁹ Idem, p. 89.

⁷⁰ BOBBIO, Noberto. Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política. 1987. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 24ª edição. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2.017, p. 24 – 25.

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Vinícius Alves Ribeiro. (Org.). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 90.

acabou por transcender uma opressão das massas, principalmente após a Revolução Industrial em um contexto de emergência de enormes desigualdades sociais e econômicas. Após, no final do século XIX e o começo do século XX, configuraram-se como épocas essenciais na luta pelo social e, como consequência, uma nova construção do que se afora por interesse público.

Ainda nessa linha, em suma, a Igreja Católica assumiu uma grande importância, através de sua doutrina social que era de uma notável influência: trazia uma nova concepção de bem comum, colocando em evidência uma preocupação com a dignidade do indivíduo, como ainda entendia que um conjunto de certas condições sociais que possibilitariam grupos e indivíduos a atingir a sua perfeição da maneira mais completa e prática.

Tal entendimento novo encontra-se encaixado numa espécie de Estado Social de Direito, fundamentado na natureza humana, adaptável e dinâmico, ou seja, segundo o progresso de cada época, sendo, também, o interesse público e o bem comum superior ao bem individual e a dignidade humana⁷².

É a partir deste pressuposto histórico, social e político que houve definição do que seria de fato o interesse público ou bem comum.

Para os doutrinadores, o interesse público seria “resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem⁷³”. Ou ainda, o “interesse público é aquele que resulta da pluralização de interesses individuais, formando um todo de aspiração e identidade coletiva⁷⁴”

Desta feita, percebe-se que a definição pende mais para um lado subjetivo que objetivo, existindo uma dificuldade em definir de fato o que seria interesse público.

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Vinícius Alves Ribeiro. (Org.). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 90 e 91.

⁷³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. São Paulo: Malheiro Editores, 2013, p. 58 – 61.

⁷⁴ PESTANA, Márcio. Direito Administrativo Brasileiro. Rio de Janeiro. Elsevier, 2008, p. 158.

Em que pese as inúmeras classificações de interesse público trazidos pela doutrinas, para fins deste trabalho, adotaremos a teoria lecionada por Celso Antônio Bandeira de Mello que classifica interesse público da seguinte forma: interesse público primário e secundário.

Diuturnamente, foi possível perceber que o Estado percorreu uma trajetória vasta ao longo do tempo, permitindo-se abstrair diversos conceitos para a expressão “interesse público”, sendo válido pontuar que se considerou que não existe uma preocupação específica com o exercício do direito dos administrados, mas sim e tão somente com o direito da Administração Pública e seus próprios interesses.

Por esta vereda, seus próprios interesses poderiam resultar em um conceito totalmente dissociado do verdadeiro interesse público e é nesse contexto que surge a ideia de Supremacia do Interesse Público – que será visto de forma detalhada mais à frente, fazendo-se necessário estabelecer a diferenciação entre interesse primário e secundário e, por conseguinte, sua correta aplicação.

No concernente ao interesse público primário, Celso Antônio Bandeira de Mello, explica⁷⁵ que no diz respeito à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social.

Ainda complementa, lecionando que o interesse secundário é aquele que é referente ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada. Devido a este fator, poderá lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa.

É válido trazer adiante o entendimento de que estabelecida essa premissa do que vem a ser o interesse público, cai por terra a pretensão da apelante de que o mesmo, no caso concreto, se satisfaria no fato de que, “com a permissão de uso, além de tornar o local apropriado para a prática religiosa, construiria um centro com diversas atividades voltadas para a comunidade local, independentemente de serem os frequentadores praticantes ou não da doutrina cristã, observando-se, assim, a função social do imóvel⁷⁶.”

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. São Paulo: Malheiro Editores, 2.013, 65 – 67.

⁷⁶ TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 145645/2014 - CLASSE CNJ - 1728 COMARCA CAPITAL

Percebe-se que ainda que se trate de um atendimento àquela coletividade, falta o atendimento a um todo ou à maioria dele.

Por derradeiro, cabe pontuar que o ato que não contrariar algum interesse público primário, ter-se-á como legítimo e estará a atender, conseqüentemente, a um interesse público secundário (do próprio Estado).

4. DESCONSTRUÇÃO DOS “PODERES ADMINISTRATIVOS” À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Como anteriormente visto, o Princípio da Legalidade norteia todo o ordenamento jurídico.

Trata-se de um princípio que se difunde por todo o ordenamento legal, conferindo vida à Administração Pública.

É através dele que se demonstrará que, na verdade, a Administração Pública não goza de “Poderes” para que realize o exercício da função administrativa.

A legalidade por si só é suficiente para que a máquina Administrativa possa funcionar, não sendo necessário os administradores valerem-se por “poderes”, onde haveria uma liberdade integral à atuação pública, supostamente fundamentada através de um juízo de oportunidade e conveniência.

Na realidade, não é necessário um juízo do administrador e sim, a aplicação de meios de calibração (postulados) para que haja soluções práticas do dia a dia na vivência da Administração Pública, como por exemplo os mecanismos de razoabilidade e proporcionalidade.

Nesta esteira, antes mesmo de se discutir os efeitos, deve-se respeitar os atos administrativos em seu nascimento: há que se observar todos os critérios de formação, validade e eficácia, destacando-se aqui a “motivação”.

Ora, pois, sem a motivação devida, não há o que se falar em juízo de conveniência, devendo-se ser conveniente à satisfação da finalidade: interesse público.

Quanto aos “poderes”, o que haveria, portanto, de tão especial na atuação, senão o permissivo legal que foi conferido à Administração?

Não há uma atuação livre, sem limites para o exercício da sua competência: há uma outorga legal para que seja possível exercer a função administrativa.

Tanto assim é que fica evidente que se não há permissivo legal da empreitada administrativa, não há o que se falar em atividade administrativa, representando o raciocínio do que viria a significar o Princípio da Legalidade Administrativa e não um poder administrativo.

E aqui fica importante salientar um dos reflexos do histórico da legalidade quando hoje é possível perceber: antes da submissão do Estado ao Direito, a Administração podia agir não somente no que era permitido por lei, mas também no

que não era proibido, diferentemente da legalidade administrativa que temos atualmente⁷⁷.

É justamente esta observância legal que se pretende aqui, humildemente, desdobrar em a seguir melhores especificadas.

4.1. Competência Discricionária

Começaremos, pois, do Poder Discricionário, o qual, como visto, trata da faculdade de escolher e agir da Administração, dentro do permissivo legal.

Tal assertiva traz consigo uma mistura de elementos, impossibilitando alcançar o que vem realmente a ser discricionariedade no Direito Administrativo.

Para tanto, esclarece-se, primeiramente, que a discricionariedade está inserida no exercício de competências decorrentes dos atos administrativos⁷⁸, os quais, por sua vez, podem ser classificados quanto ao grau de liberdade da Administração em sua prática⁷⁹.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello descreve que a referida classificação compreende em atos discricionários e atos vinculados.

⁷⁷ Nesse sentido, assim diz: *“Mas, ao lado dessa atividade administrativa vista como simples execução legal havia outra, de livre apreciação, na qual a Administração Pública atuava isenta de vinculação legal e, portanto, de controle judicial. Era a forma como se concebia a discricionariedade nesse período.”* (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 14).

⁷⁸ Aqui, levaremos em conta a definição ofertada pela professora Odete Medauar: *“o ato administrativo constitui, assim, um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade”* (MEDAUAR, 2018, p. 164).

⁷⁹ O próprio Ilmo. Professor Celso Antônio Bandeira de Mello adota a referida classificação dos atos administrativos, reservando um item para tanto, conforme é possível conferir em seu livro *Curso de Direito Administrativo*, em *“X. Classificação dos atos administrativos – d) Quanto ao grau de liberdade da Administração em sua prática”* (Bandeira de Mello, 2013, p. 427 – 428).

Os atos discricionários e *“que melhor se denominariam atos praticados no exercício de competência discricionária”*⁸⁰ são aqueles praticados pela Administração Pública que dispõem de uma certa margem de liberdade de escolha, visto que regulou a matéria permitindo que haja uma apreciação que comporta certo subjetivismo.

A Discricionariedade é uma *“apreciação a ser feita pela autoridade quanto aos aspectos tais ou quais”*⁸¹, como bem delineado por Bandeira de Mello.

Os atos vinculados, por sua vez, são aqueles nos quais não existem margem alguma para subjetividade, devido ao fato de que a lei previamente tipificou ou predeterminou de modo completo e, conseqüente, o administrador terá uma única possível conduta⁸².

É válido aqui lembrar que a Administração é dotada de vinculação positiva para a atividade administrativa. A lei é um meio de sua existência e neste ponto, devemos lembrar que *“a teoria dos motivos determinantes limitou a discricionariedade administrativa, na medida em que permitiu ao Judiciário examinar a legalidade dos motivos (pressupostos de fato e de direito) que levaram a Administração a praticar o ato”*⁸³.

⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. São Paulo: Malheiro Editores, 2.013, p. 428.

⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. São Paulo: Malheiro Editores, 2.013, p. 947-948.

⁸² A respeito do tema, Celso Antônio Bandeira de Mello em seu livro Discricionariedade e Controle Jurisdicional, assim esclarece: *“Haveria uma atuação vinculada (...), quando a norma a ser cumprida já predetermina e de modo completo qual o único possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja postura esteja descrita, pela lei, em termos que não ensejam dúvida alguma quanto ao seu objetivo reconhecimento”* (MELLO, Celso Antônio Bandeira. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2.017, p. 01).

⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, p. 41.

Diante destes esclarecimentos, constata-se que não há nada em especial para que seja um “poder” e sim, trata-se de um exercício de uma competência⁸⁴ quando editado um ato, caindo por terra a possibilidade de existência de Poder Vinculado ou Poder Discricionário⁸⁵.

4.2. Limitações administrativas ao exercício à liberdade e à propriedade

Como sustentado anteriormente, o “Poder de Polícia” traz uma vaga e imprecisa ideia de que garante a ordem pública mediante condições e restrição de direitos, o que é totalmente incabível, juridicamente falando⁸⁶.

Isto porque o “poder de polícia”, na realidade, são limitações administrativas ao exercício da liberdade e à propriedade, de modo que as intervenções do

⁸⁴ Quanto a ideia negativa atribuída aos atos vinculados por restringirem, Di Pietro assim se manifesta: *“O chamado “poder vinculado”, na realidade, não encerra “prerrogativa” do Poder Público, mas, ao contrário, dá ideia de restrição, pois, quando se diz que determinada atribuição da Administração é vinculada, quer-se significar que está sujeita à lei em praticamente todos os aspectos. O legislador, nessa hipótese, preestabelece todos os requisitos do ato, de tal forma que, estando eles presentes, não cabe à autoridade administrativa senão editá-lo, sem apreciação de aspectos concernentes à oportunidade, conveniência, interesse público, equidade. Esses aspectos foram previamente valorados pelo legislador”* (DI PIETRO, 2018, p. 115).

⁸⁵ A respeito deste posicionamento, a professora Odete Medauar entende que *“a doutrina contemporânea vem afirmando que, no geral, no cotidiano das atividades administrativas, são poucas as situações de vinculação pura e de discricionariedade pura, daí ser insustentável a oposição rígida entre poder vinculado e poder discricionário”* (MEDAUAR, 2.018, p. 130).

⁸⁶ Acerca da errônea preocupação em se estabelecer um “Poder de Polícia”, o Ilmo. Juiz e Professor Luis Manuel Fonseca Pires assim se posiciona: *“Percebe-se, então, que se a expressão “poder de polícia” admite inúmero significados em razão de ser mesmo uma expressão plurissignificativa, quer-nos parecer que as diversas intelecções que se lhe foram atribuídas ao longo dos séculos sempre conduziram, em maior ou menor grau, a algum sentido de liberdade ao Poder Público na imposição da força, e que esta constatação histórica insufla erroneamente, e por isto deturpa, o sentido que atualmente o instituto deveria ter diante da ordem jurídica em vigor (ordem esta que preconiza os direitos e garantias fundamentais)”* (PIRES, 2.006, p. 17).

decorrem da atividade legislativa e se concretizam com o exercício da função administrativa⁸⁷.

Contudo, não devemos confundir a limitação dos “direitos” com o “exercício” destes como bem observa o Professor Bandeira de Mello⁸⁸:

“(...) rigorosamente falando, não há limitações ‘administrativas’ ao ‘direito’ de liberdade e ao ‘direito’ de propriedade – é a brilhante observação de Alessi –, uma vez que estas simplesmente integram o desenho do próprio perfil do direito. São elas, na verdade, a fisionomia normativa dele. Há, isto sim, limitações à liberdade e à propriedade”

Constatamos, pois, que tratam-se de esferas diferentes em extensão, acepção e expansão, não devendo ser confundidos os direitos e o exercício de direitos.

4.3. Organização administrativa e relação de escalonamento

Também não há que se comportar como juridicamente lógico a existência de um “poder hierárquico”.

O poder dever posto em tela, como vimos, trata-se da distribuição de competência interna, mantendo a relação de supremacia da Administração.

Contudo, embora relação hierárquica seja acessória à organização administrativa, não em todos os casos que aqueles que se sujeitam a esta competência distribuída guardam obediência ou revisão da Administração Pública.

⁸⁷ Nesse sentido, o Professor Luís Manuel Fonseca Pires explica mais precisamente: *“Tratar de limitações administrativas à liberdade e à propriedade significa, portanto, referir-se às intervenções do Estado que compõem a conformação jurídica da liberdade e da propriedade, inicialmente em decorrência da atividade legislativa – limitação administrativa em sentido amplo –, e em ato contínuo por sua concreção no exercício da função administrativa – limitação administrativa à propriedade em sentido estrito (no caso das limitações à propriedade com a fiscalização das edificações, emissão de licenças para construir, reformar, demolir, funcionar etc..)”* (PIRES, 2.017)

⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. São Paulo: Malheiro Editores, 2.013, p. 825.

Ora, pois, não merece guarida jurídica para justificar a existência de um “poder” necessário que materialize essa supremacia.

A relação hierárquica e disciplinar advém da lei. O servidor público exerce sua atividade conforme as atribuições que lhe são conferidas ao cargo público através de lei. Não obstante, também merece respaldo de um processo para que haja punição.

Isto porque estas figurantes integrantes da Organização Administração, em verdade, não são submissas à hierarquia emanada do centro e sim, à tutela e/ou controle que são inseridas⁸⁹.

Na esfera privada, nitidamente percebemos a mesma relação de subordinação em escalonamento, não havendo diferença alguma para com o Direito Público.

4.4. A limitação dos regulamentos administrativos

Inicialmente, não deve-se confundir com as funções típicas e atípicas atribuídas a cada um dos Poderes constitucionalmente estabelecidas. Nesse sentido, deve-se lembrar que cada um dos Poderes exercer funções preponderantes a que lhes cabe: legislar, executar e julgar⁹⁰.

⁸⁹ O referido entendimento merece guarida às lições do Professor Celso Antonio Bandeira de Mello que assim asseverou: *"a tutela é uma das modalidades de controle e, conforme se advertiu, tem aplicação restrita às descentralizações realizadas por meio de pessoas públicas. Convém opô-la ao regime hierárquico - que lhe é precisamente o adverso - e ao controle sobre as pessoas privadas que desempenham atividade pública (descentralização por colaboração) - espécie de gênero controle lato sensu, em que ambos são inseridos"* (MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Natureza e Regime Jurídico das Autarquias*, 2ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1.968, p. 103).

⁹⁰ Nesse sentido, Michel Temer lembra que *"cada órgão do Poder exerce, preponderantemente, uma função, e, secundariamente, as duas outras. Da preponderância advém a tipicidade da função; da secundariedade, a atipicidade."* (TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 22ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2.007, p. 122).

Diz-se “poder normativo ou regulamentar” quando tratarmos da expedição de atos que tratam de dispor normas através de decretos, regulamentos, portarias e ou resoluções, todos dado através pelo chefe do Poder Executivo⁹¹.

O aludido entendimento induz a erro, uma vez que a própria Constituição Federal confere esta possibilidade à Administração, senão vejamos os incisos IV e VI, do artigo 84:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

(...) VI - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;”

Através da simples leitura do dispositivo legal acima transcrito, verificamos que a atribuição de editar atos normativos não decorre de um “poder” e sim da previsão constitucional.

Tanto assim o é que a redação constitucional é bem clara quanto a disposição, mediante decreto, acerca da extinção de funções ou cargos quando vagos, que fora objeto de repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal que, por sua vez, entendeu que a criação ou reestruturação interna da Administração não pode ser procedida pelo referido instrumento normativo⁹²:

⁹¹ Em complementação ao parágrafo anterior, é válido lembrar que “O Executivo também legisla por disposição expressa do art. 62, autorizador de medidas provisórias, e do art. 68, caput, e §2º, que prevê a possibilidade de o Presidente da República elaborar leis delegadas.” (TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 22ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2.007, p. 123).

⁹² “A Constituição da República não oferece guarida à possibilidade de o governador do Distrito Federal criar cargos e reestruturar órgãos públicos por meio de simples decreto” (RE 577.025, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 11-12-2008, Publicado no DJE de 6-3-2009, Tema 48).

claramente não há margem para um poder, mas sim uma mera aplicação da lei⁹³. Não há violação à Separação dos Poderes.

Nesta competência, em específica, temos escancarado desempenho do Princípio da Legalidade nos termos: “para sua fiel execução”, referindo, pois, às leis.

Isto em razão de que a Administração deve editar atos normativos voltados ao interesse público. Por certo, há estrita observância à lei e não a uma subjetividade.

⁹³ Acerca do tema e segundo o entendimento de Bandeira de Mello, a regulamentação trata-se de uma competência: “a finalidade da competência regulamentar é a de produzir normas requeridas para a execução de leis quando estas demandem uma atuação administrativa a ser desenvolvida dentro de um espaço de liberdade exigente de regulação ulterior, a bem de uma aplicação uniforme da lei, isto é, respeitosa do princípio da igualdade de todos os administrados” (MELLO, 2.006, p. 336 em ADI 4.218 AgR, rel. min. Luiz Fux, j. 13-12-2012, P, DJE de 19-2-2013).

5. CONCLUSÃO

Após digressão jurídica realizada, passemos às considerações finais que este trabalho nos possibilita a refletir.

As transformações do homem influenciam diretamente no Direito. Isso devido ao fato de que este é fruto de uma construção humana, que sofre influências do tempo, local e valores, resultando numa necessidade de atualização constante no mundo jurídico.

Uma das primeiras considerações a se fazer é que a obra *Antígona* permite ousar em dizer que foi uma das primeiras obras históricas que levaram as reflexões sobre a necessidade da existência de um Estado que proporcione o bem estar social.

Vimos em leve digressão histórica do direito que sempre foi reconhecido pelo próprio homem que a representação da vontade geral haveria de ser externada por uma autoridade e que, conseqüentemente, esta se sobressai em detrimento às individuais.

Assim, o nascimento das leis é levado em consideração como forma dispor sobre as condutas sociais, de modo a impulsionar a organização da sociedade.

Diferentemente do que é comumente disseminado, a obediência à lei surge na própria Idade Antiga, visto que as normas previam forma, conduta e sanção a aqueles indivíduos que transgredissem às suas disposições.

O Princípio da Legalidade sempre existiu. Na verdade, restou reconhecido que sempre precisou existir para disciplinar a vida social.

De fato, a Legalidade Administrativa surge com a instauração de um Estado Democrático de Direito, na Idade Moderna, visto que somente a partir daquele momento consagrou-se a separação dos Poderes e que o Executivo haveria que agir somente nas situações em que a lei o autorizava.

Assim, surge, não somente o reconhecimento, como a efetivação do controle do Estado, juntamente ao mecanismo de representação do povo.

De forma específica, após o processo de Constitucionalização do Direito Administrativo em nosso ordenamento jurídico, encontramos diversas disposições legais acerca da atividade estatal.

A importância de trazer o processo de Constitucionalização do Direito Brasileiro, que aqui foi explorada, se demonstrou pelo efeito expansivo das Normas

Constitucionais que trazem em seu bojo um conteúdo material e axiológico, irradiando-se com força normativa, por todo o sistema jurídico.

Percebe-se que os valores, as finalidades públicas e os comportamentos vislumbrados nos Princípios e Regras oriundos da Constituição, tornam-se fatores condicionante da validade e o sentido de todas as Normas do Direito Infraconstitucional.

Cabe aqui salientar que o Direito exige a imposição de determinadas condutas para delinear limites quanto à liberdade dos indivíduos para uma interação harmônica.

É de notável importância consignar que a nossa Constituição Brasileira de 1988, assumiu um modelo político-jurídico voltada à ater-se em aspectos democráticos e nos pressupostos de liberdade e igualdade.

Como foi visto, o processo de Constitucionalização do Direito Administrativo também trouxe, de modo expresso, normas que norteiam a Administração Pública, servidores públicos, inclusive regime de aposentadoria, responsabilidade civil do Estado. Ainda tratou de separar a função administrativa da atividade de gestão e traz expressamente os princípios do direito administrativo da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e por último o princípio da eficiência, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19, de 4.06.98.

Podemos assim estabelecer que a Constitucionalização do Direito Administrativo resultou em um novo posicionamento do Administrador Público que, por sua vez, encontra-se submisso ao Direito e não apenas à lei formal, devendo ele se valer da aplicação de normas, princípios e valores constitucionais mutuamente. De outro lado, representou um grande avanço rumo à consecução dos objetivos sociais do Estado.

Ainda foi explanado acerca dos reflexos deste processo de Constitucionalização do Direito Administrativo. Para tanto, foi demonstrado o entendimento do Renomado Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, que em sua obra referente ao Direito Constitucional tratou de elencar as mudanças no modelo Constitucional, sendo elas a atribuição de normas jurídicas, o controle de constitucionalidade pelo Judiciário e a interpretação da Carta Magna partindo do contexto atual da sociedade.

Ainda, em complemento à ideia retro mencionada, estabeleceu pontos os quais caracterizam as superações de concepções jurídicas clássicas, de modo a

redefinir os Princípios da Supremacia Pública do Interesse Público e uma notória ascensão de Direitos Fundamentais, e fixação de se valer da adequada interpretação para uma justa aplicação das normas.

Partindo desse novo diagnóstico advindo do Ilustre Doutrinador e Ministro, verificamos, por conseguinte, a necessidade de incorporar estas premissas na aplicação do direito material.

Já no que diz respeito ao “interesse público”, demonstrou-se que sua interpretação sofreu transformações ao longo do tempo. Isso se deve porque o interesse público é o fundamento do Direito Administrativo, sendo indispensável sua reflexão.

Não importa quão variadas foram suas ressignificações, se não houve discernimento adequado em utilizá-lo com finalidade na atuação da Administração Pública.

Conforme dito, trata-se de conjunto e sua identidade é dada na efetiva aplicação. Na prática, foram elencadas quatro hipóteses nas quais tratam de excluir o que viria a ser o interesse público, conforme lecionado pelo autor Marçal Justen Filho, quais sejam: Interesse Público não se confunde com o Interesse do Estado, nem bem com o Interesse do Aparato Administrativo, Interesse da Sociedade e Interesse da Maioria dos Sujeitos Privados.

Por certo, ainda não houve um novo conceito atribuído ao que viria a ser interesse público, no que diz respeito ao Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado.

Verifica-se que, na verdade, os interesses privados também compõem a coletividade. Tão logo, rejeitá-los não seria adequado acatá-lo como “princípios”. Não incidiria em resguardos de direitos e sim, de restrições.

Quando o assunto diz respeito ao interesse privado e interesse público, constata-se que os bens protegidos não estariam contrapostos, mas sim, integrados um ao outro, devendo, inclusive, estarem calcados nos parâmetros da proporcionalidade e da concordância prática.

Sendo assim, faz-se necessário uma ponderação e tentativa de plena realização dos interesses, não deixando de observar os bens jurídicos envolvidos, considerando que o Estado deverá atuar em prol da defesa e promoção dos direitos fundamentais, respeitando, sobremaneira, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e atendendo às finalidades públicas estabelecidas na Carta Magna.

Toda esta análise faz com que o entendimento tradicional dos “poderes administrativos”. Isto porque para exercer o que chamamos de função administrativa, é necessário que haja disposição normativa para que possibilite a atuação da Administração Pública, tudo com vistas ao Princípio da Legalidade.

Toda atividade desempenha pela Administração Pública é realizada para atingir à seguinte finalidade: satisfação do interesse público, primário e secundário, inclusive.

Contudo, não há possibilidade de atuação do Poder Executivo se assim não houver disposição legal, ou, melhor dizendo, autorização legal.

Assim, não há prerrogativas especiais que a Administração goze para que sejam alcançadas o status de poderes. Reconhece-se que há um dever, mas não um poder.

Isto em razão de que o próprio ordenamento jurídico por si só confere, de forma satisfatória, todos os meios para o desempenho da função administrativa.

Ora, pois, o que resta positivado é a vontade do povo: como abrir margens à uma liberdade não disciplinada em face a história e transformações que o direito sofre ao longo de todos estes anos, a qual registrou atrocidades e abuso de poder cometidos por autoridades reais que detinham o poder de dispor livremente sobre o direito?

Isto posto, observa-se a desnecessidade de “poderes” em decorrência da aplicação indispensável do Princípio Legalidade: toda decisão tomada pelo Administrador Público deverá respeitar ordenamento jurídico a que ela se submete, vinculando-se obrigatoriamente à lei e não a um poder.

6. REFERÊNCIAS

_____. Polícia Militar de São Paulo. Código de Hamurabi. Disponível em: <http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/index.php/legislacao-direitos-humanos/>. Acesso em 19 de Novembro de 2.020.

ARISTÓTELES. A Política. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2.002.

AUSTIN, John. The uses of the study of jurisprudence (1863). The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence. London: Weidenfeld, 1954, p. 124 in DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: significado e correntes. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-correntes> > Acesso em 19 de Novembro de 2.020.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2.018, p. 34.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política. 1987. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 24ª edição. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2.017.

BRODBEKIER, Bruno. Poder Regulamentar Da Administração Pública. Revisto de Direito Administrativo FGV. vol. 233, 2.003.

CANEDO, Eloísa. A Lei em Antígona: Uma Análise Crítica. Publicado em 11 de Janeiro de 2.017. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/canedo-e-silva-adv/artigos/a-lei-em-antigona-uma-analise-critica-3262#:~:text=Em%20suas%20obras%2C%20S%C3%B3focles%20prop%C3%B5e,o%20e%20culminou%20a%20trag%C3%A9dia>. Acesso em 10 de Novembro de 2.020.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords.). Comentários à Constituição do Brasil, p. 243.

CARRAZZA, Roque Antonio. Princípio republicano. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/93/edicao-1/principio-republicano>. Acesso em 01 de Dezembro de 2.020.

CÍCERO, Marco Túlio. Da República. Edições do Senado Federal. Vol. 250. Brasília, 2.019.

COULANGES, Fustel de. A Cidade Antida. São Paulo: Martin Claret, 2005.

CRISPIM, Cicero Antonio Di Salvo. Conceito de Justiça em São Tomás de Aquino: uma visão filosófica e teológica. Conteúdo Jurídico. ISSN - 1984-0454, Publicado em 24 de Janeiro de 2.011. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/23358/conceito-de-justica-em-sao-tomas-de-aquino-uma-visao-filosofica-e-teologica#:~:text=O%20jusnaturalismo%20de%20Tom%C3%A1s%20de,a%20raz%C3%A3o%20humana%20%C3%A9%20vari%C3%A1vel.&text=J%C3%A1%2C%20a>

s%20virtudes%20da%20justi%C3%A7a,coisa%20anteriormente%20dada%20ou%20recebida. Acesso em 01 de Dezembro de 2.020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado democrático e social de direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/70/edicao-1/estado-democratico-e-social-de-direito>. Acesso em 01 de Dezembro de 2.020.

DAVID. René, O Direito Inglês. Tradução de Eduardo Brandão. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2.012.

DI SALVO, Cícero Antonio. Conceito de Justiça em São Tomás de Aquino: uma visão filosófica teológica. Conteúdo Jurídico, publicado em 24/01/11, disponível em < <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/23358/conceito-de-justica-em-sao-tomas-de-aquino-uma-visao-filosofica-e-teologica> > acesso em 01 de Dezembro de 2.019.

DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: significado e correntes. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível

em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-correntes>. Acesso em 19 de Novembro de 2.020.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. A Discricionariedade Administrativa à Luz da Reconfiguração do Princípio da Legalidade. Interesse Público - IP. Belo Horizonte: 2015, n. 79, maio / jun. 2013.

FAGUNDES, Miguel Seabra Fagundes. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. As origens do estado de direito. Revista de Direito Administrativo RDA. FGV Direito Rio. Vol. 168, 1987.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Direitos Humanos Fundamentais. 11ª edição. Saraiva, São Paulo, 2009.

FILHO, Marçal Justen. Curso de Direito Administrativo. 30ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Princípio da legalidade administrativa e competência regulatória no regime jurídico-administrativo brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Ano 51 Número 202 abr./jun. 2014. Disponível em < https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/202/ril_v51_n202_p7.pdf > Acesso em 10 de Dezembro de 2.020.

GANSHOF, F. L. Que é o Feudalismo? Tradução de Jorge Borges de Macedo. Publicações Europa-América. 4ª edição. Sintra: Mira-Sintra, 1.977.

GONÇALVES, Pedro Costa. Funções e valores do direito administrativo. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. Revista dos Tribunais. Vol. 3. Out – Dez, 2.017.

GRIMAL, Pierre. História de Roma. Tradução de Maria Leonor Loureiro. São Paulo: Editora Unesp, 2011.

HALSALL, Paul. Medieval Sourcebook: Charter of Liberties of Henry I, 1.100. Fordham University Center for Medieval Studies. Disponível em: <http://www.fordham.edu.https://www.univali.br/Lists/TrabalhosMestrado/Attachments/2402/ALAN%20PINHEIRO%20DE%20PAULA.pdf>. Acesso em 19 de Novembro de 2.020.

KELSEN, Hans. Was ist juristischer Positivismus? Juristenzeitung, nº 15/16, 1965, p. 465 in in DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: significado e correntes. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/84/edicao-1/positivismo-juridico:-significado-e-correntes> > Acesso em 19 de Novembro de 2.020.

LIMA, Felipe Herdem. Legalidade administrativa: tradição, transição e direitos fundamentais. Jota Info. Estado de Direito. Coluna Opinião e Análise. Publicado em 09 Dezembro de 2020. Disponível < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/legalidade-administrativa-tradicao-transicao-e-direitos-fundamentais-09122020> > Acesso em 10 de Dezembro de 2.020.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 21ª edição. São Paulo: Editora Forum, 2.018.

MEIRELLES, Hely Lopes. A Administração Pública e seus Controles. Revista de Direito Privado. Vol. 23, Janeiro de 1973. Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, vol. 03, p. 03. Disponível em < <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/search/widget/run/multi> > Acesso em 02 de Dezembro de 2.021.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 40ª ed. São Paulo: Malheiros, 2.014

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 13ª edição. São Paulo: Malheiro Editores, 2.013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2.017.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Natureza e Regime Jurídico das Autarquias, 2ª edição. Revistas dos Tribunais, 1.968.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. O desvio de poder. Revista de Direito Administrativo FGV. v. 172. Publicado em 01 de Abril de 1.988.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. Avocação. Revista dos Tribunais. Vol. 663, Janeiro de 1991. Disponível em <
<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000178839d25f2827374b7&docguid=I029f6430f25011dfab6f0100000000000&hitguid=I029f6430f25011dfab6f0100000000000&spos=1&epos=1&td=4000&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>> Acesso em 02 de Dezembro de 2.021.

PALMA, Rodrigo Freitas. História do Direito. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

PESTANA, Márcio. Direito Administrativo Brasileiro. Rio de Janeiro. Elsevier, 2008.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. Limitações administrativas à liberdade e à propriedade e sacrifícios de direitos. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/112/edicao-1/limitacoes-administrativas-a-liberdade-e-a-propriedade-e-sacrificios-de-direitos>. Acesso em 01 de Dezembro de 2020.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. Limitações administrativas à liberdade e à propriedade. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ROSA, Íris Vânia Santos. Poder discricionário. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Tributário. Paulo de Barros Carvalho, Maria Leonor Leite Vieira, Robson Maia Lins (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/282/edicao-1/poder-discricionario>. Acesso em 01 de Dezembro de 2020.

SÓFOLES. Antígona. Tradução de Paschoal Cegalla. 1ª edição. Rio de Janeiro: Bestbolso, 2016.

SÓFOLES. Antigone. Tradução de J. B. de Mello e Souza. Versão para eBook. Fonte Digital. Clássicos Jackson, Vol. XXII, 2005. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/antigone.pdf>. Acesso em 12 de Novembro de 2020.

STRECK, Lênio Luiz. MORAES, José Luis Bolzan de. Ciência política e teoria do estado. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 22^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2.007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Estado de Direito. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/78/edicao-1/estado-de-direito>. Acesso em 19 de Novembro de 2.020.