

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ATUAIS SOBRE O SENTIDO DE LEGALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Vitor Rhein Schirato¹

Sumário: 1. Introdução e colocação do tema. 2. Da legalidade à juridicidade. 3. A relação da atuação da Administração Pública com a lei. 4. Relação de legalidade e discricionariedade administrativa. 5. Controle jurisdicional dos atos administrativos. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO E COLOCAÇÃO DO TEMA

O tema do presente trabalho relaciona-se com o verdadeiro significado da relação de legalidade, decorrente do Princípio da Legalidade aplicável à Administração Pública. Em razão da amplitude do tema e de sua intrínseca relação com os institutos do Direito Administrativo, este estudo abrangerá não apenas uma análise do verdadeiro substrato do Princípio da Legalidade, previsto na Constituição Federal de 1988 no *caput* do artigo 37, mas também algumas das consequências da concepção de legalidade que entendemos a mais apropriada sobre alguns outros institutos e conceitos do Direito Administrativo, tais como discricionariedade administrativa e controle jurisdicional.

Evidentemente, em razão da natureza articular deste estudo, não se pretende esgotar o tema nem tampouco analisar todos os seus desdobramentos, mas apenas pretende-se expor brevemente os traços que emergem, a nosso ver, mais relevantes para o fomento de discussões da matéria.

Preliminarmente, é imperioso contextualizar as considerações aqui contidas a partir de uma breve exposição da gênese e do desenvolvimento da obrigatoriedade de legalidade da Administração Pública, bem como da evolução da atuação administrativa, desde o pensamento iluminista até os dias atuais.

A noção de legalidade tem sua origem no pensamento iluminista, advindo de uma necessidade de constituição de determinadas garantias aos administrados, em contraposição ao regime absolutista então vigente (o denominado Estado de Polícia). Fazia-se fundamental, para o correto desenvolvimento das atividades econômicas pela burguesia emergente, que o Estado interferisse o mínimo possível nas atividades particulares, atuando segundo regras previamente estabele-

¹ Doutorando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. LL.M. em Direito Administrativo Econômico pela Universidade de Osnabrück, Alemanha. Secretário Acadêmico do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico - CEDAU. Advogado em São Paulo.

cidas pelo Direito, com a finalidade única de garantir a vida, a propriedade e a liberdade das pessoas.

O Estado francês pós-revolucionário, bem como outros Estados moldados segundo o pensamento iluminista (por exemplo, o Estado inglês e o Estado norte-americano), previam em suas constituições a obrigatoriedade de uma atuação estatal meramente garantidora de direitos fundamentais e atuante de forma submissa às normas jurídicas existentes, em contraposição ao Estado absolutista, que não se submetia às normas jurídicas.

O papel do Estado era consideravelmente secundário na sociedade, restringindo-se em grande parte ao ordenamento do caos social existente, advindo do convívio entre os cidadãos. O Estado era visto amplamente originado do Contrato Social, idealizado por Rousseau. Apenas poderiam ser impostas restrições aos direitos dos cidadãos, na exata medida em que estes concordassem com as normas impostas por meio de processos democráticos da edição de leis.

Neste contexto, surge a noção do Estado legal no Direito Francês, segundo a qual a lei é o instrumento maior do Ordenamento Jurídico, que impõe claramente as obrigações e os limites de atuação do Estado.² O Estado, segundo a concepção francesa, somente poderia atuar conquanto a lei assim determinasse, com o fundamento de se garantir a previsibilidade das relações jurídicas.

Posteriormente, em certa forma de contraposição à concepção francesa do Estado Legal, advém a noção de Estado de Direito, desenvolvida pela doutrina alemã. Segundo tal noção, o Estado encontra-se submetido ao Direito, criado pela Constituição. A lei deixa de ocupar o mais alto posto dentro do Ordenamento Jurídico, dando espaço a uma Constituição rígida, que cria as competências e as diretrizes fundamentais do Ordenamento Jurídico.³

Há uma autolimitação do poder estatal por meio da promulgação da Constituição, haja vista que esta demarca a característica maior do Estado soberano que é a competência fundamental para estabelecer as próprias normas de funcionamento do Estado (é o que a doutrina alemã costuma denominar *Kompetenz-Kompetenz*).

Com o avançar do tempo, o conceito de Estado e as obrigações impostas à Administração Pública passam por consideráveis reformulações. A gama de incumbências da Administração Pública cresce de forma considerável na medida em que cresce a complexidade das relações sociais. Passa-se a exigir do Estado não apenas uma posição de garantidor da vida, da liberdade e da propriedade,

² Sobre o tema: Jacques Chevallier. *L'État de Droit*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 11 e segs.

³ Sobre o tema, afirma Stefan Haack: "A Constituição qualifica-se como a norma mais alta por meio do estabelecimento das estruturas e das direções fundamentais de um Ordenamento Jurídico na forma de validade de normas jurídicas. Ela fixa as bases do Ordenamento Jurídico por meio do estabelecimento das premissas de estabelecimento de normas. Na ordem constitucional da norma fundamental encontram-se as disposições básicas das formas jurídicas de topologia do Estado Democrático de Direito, do federalismo e da Democracia. A Constituição como norma mais alta do Ordenamento Jurídico rege adicionalmente as competências, atribuições e atuação conjunta dos mais altos órgãos de uma ordem jurídica. Ela estabelece o fundamento jurídico de suas atividades." *Der Begriff der Verfassung*, in *Revista Europäisches Recht*, p. 787, 2004 (tradução nossa).

mas também a prestação efetiva de atividades materiais, de forma a possibilitar e a melhorar a vida dos cidadãos. O campo de atuação do Estado cresce, demandando uma revisão de seus instrumentos de regência.⁴

Torna-se cada vez mais difícil a existência de fundamento legal específico para cada forma de atuação do Estado, o que vai, paulatinamente, impossibilitando a aplicação de uma legalidade estrita, que imponha ao Estado uma atuação sempre integralmente moldada pela Lei. O maior número de situações que demandam do Estado uma atuação no caso concreto torna cada vez mais improvável a previsão legal de todas as hipóteses em que o Estado deve atuar e a forma como deve se dar tal atuação.

Em razão de tal situação, alguns questionamentos se tornam fundamentais para uma análise completa do verdadeiro substrato da concepção de legalidade. Entre tais questionamentos, destacamos: (i) o verdadeiro conceito de legalidade que vincula a Administração Pública; (ii) a relação que deve existir entre a atuação da Administração Pública e a lei e (iii) quais os elementos que surgem como balizadores do controle de uma atuação legal da Administração Pública.

São, basicamente, esses os elementos que serão objeto de análise deste estudo para se propor algumas considerações sobre o significado da relação de legalidade.

2. DA LEGALIDADE À JURIDICIDADE

A legalidade inicialmente prevista no Direito francês, segundo a qual toda e qualquer atuação da Administração Pública deve ter expressa e clara previsão legal que determine seu conteúdo e seus limites, não nos parece remanescer aplicável hodiernamente, uma vez que a complexidade das relações sociais e a enorme gama de campos de atuação da Administração Pública parecem-nos impedir que haja previsão em lei formal de todas as hipóteses em que a Administração Pública tenha de agir.

A noção de vinculação da Administração Pública estritamente à lei, portanto, acaba por transparecer não mais a concepção mais apropriada para o cumprimento da exigência de legalidade, sob pena de impossibilitar-se uma atuação da Administração Pública consentânea com as relações sociais subjacentes que devem ser garantidas e protegidas pelo Estado.

Passa a ser fundamental um alargamento da noção de legalidade, não se referindo apenas à lei formal, mas sim a todo um bloco de legalidade integrado por diversas fontes normativas que compõem o ordenamento jurídico, incluindo, sobretudo, a Constituição como mais alta norma do Ordenamento Jurídico.

Esse alargamento tem como fundamento: (i) a impossibilidade de existência de previsão legal de todas as condutas possíveis da Administração Pública e (ii) a necessidade de ampliação do escopo do controle da atividade administrativa, mediante o aumento das normas que vinculam a atividade administrativa, em razão da inexistência de previsão expressa em lei de todas as condutas da Administração Pública.

⁴ Sobre o tema: Odete Medauar. *O Direito Administrativo em Evolução*, 2ª ed., rev., at. e amp., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, pp. 145 e segs.

Ademais, em razão do aumento da complexidade das relações sociais no século XX, advinda da emergência de uma sociedade pluralista e democrática, bem como da necessidade de reafirmação e ampliação dos Direitos Fundamentais, as Constituições contemporâneas passam a conter cada vez mais normas, prevendo questões que impõem diretamente obrigações à Administração Pública. Há uma inegável constitucionalização do Direito Administrativo. Torna-se, portanto, também inegável a vinculação da Administração Pública diretamente à Constituição, sem a necessidade de previsão específica da atuação da Administração Pública em norma infraconstitucional, o que corrobora a necessidade de ampliação da concepção de legalidade. Como muito bem observa Eberhard Schmidt-Assmann: "As vinculações ao Direito da Administração Pública advêm mais profundamente da Constituição."⁵

Portanto, vigoraria atualmente uma noção de legalidade ampliada, não ligando a Administração Pública somente à lei formal, mas sim a todo um bloco de legalidade, integrado pela Constituição e pelas demais normas e valores constantes do Ordenamento Jurídico. O Princípio da Legalidade passaria, a nosso ver, a significar não apenas a obrigação de atuação da Administração Pública de acordo com a lei, mas sim a atuação de acordo com o Direito.

Sobre o tema, afirma a Prof.^a Odete Medauar:

A Constituição brasileira de 1988 determina que todos os entes e órgãos da administração pública obedeçam ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*); a compreensão do princípio deve abranger não somente a lei formal, mas também os preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme prevê o art. 1º, *caput*, da Constituição; e ainda, deve incluir os demais fundamentos e princípios de base constitucional. Desse modo vincula-se a atividade administrativa aos valores que informam o ordenamento como um todo, associando-se, de modo mais estreito, o direito administrativo às disposições constitucionais.⁶

Essa noção de uma legalidade ampliada, considerando-se a Administração Pública não vinculada apenas à lei formal, mas sim a todas as normas que compõem o Ordenamento Jurídico, encontra previsão expressa, por exemplo, no item 3 do artigo 20 da Constituição da República alemã, que determina que a Administração Pública tem de atuar com observância da Lei e do Direito.

A este alargamento da concepção de legalidade dá-se o nome de juridicidade ou legalidade ampla, conforme a seguinte colocação de Alexandre Santos de Aragão:

Evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à "lei e ao Direito", o que também se infere implicitamente da nossa Constitui-

5 Eberhard Schmidt-Assmann. *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2ª ed., Heidelberg, Springer, 2006, p. 50.

6 Odete Medauar. *O Direito op. cit.*, p. 149.

ção e expressamente da Lei de Processo Administrativo Federal (art. 2º, Parágrafo Único, I). A esta formulação dá-se o nome de Princípio da Juridicidade ou da legalidade em sentido amplo. Note-se que esta formulação é uma via de mão dupla: serve tanto para restringir a ação da Administração Pública não apenas pela lei, mas também pelos valores e princípios constitucionais, como para permitir a sua atuação quando, mesmo diante da ausência de lei infraconstitucional específica, os valores da Constituição (lei constitucional) impuserem a sua atuação.⁷

A consequência primordial dessa construção alargada da Legalidade, como muito bem ressalta o autor, é o alargamento das normas às quais a Administração Pública encontra-se vinculada, tal qual a existência de autorização para a atuação da Administração Pública mesmo nos casos em que não haja previsão legal específica e nos quais os valores consagrados na Constituição devam ser tutelados.

Em vista do exposto, entendemos, no que concerne ao verdadeiro substrato hodierno do Princípio da Legalidade, que não mais se pode falar em legalidade como sinônimo de lei formal, mas sim que há uma obrigação de referir-se à legalidade como um bloco normativo integrado pela Constituição e pelos demais valores consagrados e normas integrantes do Ordenamento Jurídico:

3. A RELAÇÃO DA ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COM A LEI

Em complementariedade da concepção alargada de legalidade que entendemos ser adequada, conforme exposto no tópico precedente, advém outra questão de extremo relevo, qual seja o grau de conformidade da atuação da Administração com a lei, considerada de forma ampla, em consonância com o exposto acima.

Como muito bem exposto por Charles Eisenmann,⁸ há, no mínimo, duas concepções possíveis para a relação de legalidade da Administração Pública, quais sejam a relação de conformidade e a relação de compatibilidade. A relação de conformidade exigiria a estrita conformidade da atuação da Administração Pública com a previsão legal que houver autorizado tal atuação. Por outro lado, na relação de compatibilidade, seriam legais todos os atos que não contrariassem uma disposição normativa aplicável.

A exigência de conformidade dos atos da Administração Pública à lei torna a Administração Pública uma mera executora das leis formais, visto que apenas lhe seria lícito aferir a existência no mundo fático da conduta prevista hipoteticamente na norma e aplicar-lhe a respectiva consequência jurídica prevista por esta.

De outro turno, a exigência de compatibilidade apenas exige que a Administração Pública não contrarie nenhuma norma jurídica aplicável, criando-se um cenário no qual a Administração Pública poderia realizar qualquer ato que não fosse contrário ao Direito, em atuação bastante assemelhada com a atuação dos

7 Alexandre Santos de Aragão. A Concepção Pós-Positivista do Princípio da Legalidade, *in Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, n° 236, p. 63, abr.-jun. 2004.

8 Charles Eisenmann. O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade, *in Revista de Direito Administrativo*, vol. 56 (abril-junho 1959), Rio de Janeiro, Livraria e Editora Ltda., p. 47 e segs.

particulares.⁹ É uma situação de vinculação negativa da Administração Pública, semelhante à concepção de legalidade aplicável aos particulares.

Segundo entendemos, não seria viável exigir-se uma relação de conformidade entre os atos da Administração Pública e a lei, uma vez que, reafirmando-se o anteriormente exposto, em razão da alta complexidade das relações sociais atualmente existentes, não é possível que haja previsão legal de todas as condutas possíveis da Administração Pública. Sempre haverá, nesta hipótese, casos em que será necessária a atuação da Administração Pública, muitas vezes diretamente em atendimento a um comando constitucional, e que não haverá previsão legal, em razão da impossibilidade de o legislador incluir em lei todas as hipóteses de ocorrência no mundo fático que encontram reflexos no Direito Administrativo.

A atuação da Administração Pública atualmente não pode ser restrita à mera execução das normas jurídicas aplicáveis; é necessário mais. A Administração Pública deve ter certa margem de liberdade de atuação, de forma a atender as demandas sociais subjacentes, cada vez mais incrementadas em razão da maior complexidade da sociedade hodierna.

Nesse sentido e considerando-se a noção de legalidade alargada apresentada no tópico precedente, insta mencionar o seguinte entendimento do mestre italiano Sabino Cassese:

Depreende-se que a Administração Pública está longe de ser mera executora de leis. Essa deve procurar valorar a norma a ser aplicada e respeitar os princípios de formação jurisprudencial. Por isso, mais que o princípio da legalidade, a administração deve respeitar o direito que está junto a ela.¹⁰

De outro turno, não vemos de forma plenamente adequada a imposição de mero dever de compatibilidade da atuação da Administração Pública à lei, sob pena de se aumentar consideravelmente a fluidez do dever de legalidade. Segundo entendemos, a vinculação negativa não pode ser aplicável integralmente à Administração Pública.

A atuação da Administração Pública demanda, ao menos, uma autorização legislativa para atuar no caso concreto, sendo certo que tal autorização não precisa descer aos pormenores de definir integralmente o conteúdo do ato da Administração Pública. Via de regra, tal autorização deverá ser expressa, mas poderá haver hipóteses nas quais tal autorização seja implícita, decorrente diretamente de norma constitucional que imponha um dever de atuação à Administração Pública.¹¹

9 Cf. Domingo J. Sesin. *Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica; Nuevos Mecanismos de Control Judicial*, 2ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004, pp. 21 e segs.

10 Sabino Cassese. *Corso di Diritto Amministrativo, Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 2ª ed., Milão, Giuffrè, 2006, vol. 1, p. 10.

11 Tome-se como exemplo o caso da prestação dos serviços públicos. O artigo 175 da Constituição Federal expressamente determina incumbir ao Poder Público a prestação dos Serviços Públicos. Obviamente, não é necessária uma lei que autorize a atuação da Administração Pública para a prestação dos serviços públicos, uma vez que tal autorização é expressamente prevista na Constituição Federal.

Não seria, segundo nossa concepção, a atuação da Administração Pública equiparada à atuação dos particulares, em razão da necessidade de prévia autorização legislativa para a atuação administrativa. A conformidade seria dispensada na medida em que é necessária a existência de certa margem de liberdade à Administração Pública para a satisfação do interesse público subjacente.¹² Contudo, a atuação da Administração Pública é condicionada à existência de prévia autorização, que não precisará, obviamente, estabelecer qual o específico conteúdo do ato¹³ nem tampouco ser expressa.

Ao contrário dos particulares, a Administração Pública não tem vontade própria. Somente é lícito à Administração Pública atuar na medida em que necessário para o atendimento de sua finalidade precípua, qual seja atender o interesse público.¹⁴ Portanto, entendemos ser fundamental uma prévia autorização, ainda que implícita e decorrente diretamente da Constituição, para que seja lícita a atuação da Administração Pública.

Adicionalmente, é imperioso mencionar que a concepção alargada da legalidade, tal como aqui defendida, impede a noção de Administração Pública como mera executora das leis em um caso de exigência de conformidade. Isso ocorre, pois, considerando-se a Administração Pública vinculada a todo o Ordenamento Jurídico (e, sobretudo, vinculada diretamente à Constituição), podendo haver hipóteses nas quais a Administração Pública tenha de atuar de forma contrária à lei para atender ao interesse público.

É o que afirma, neste sentido, como muita propriedade, Gustavo Binerbojm:

A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*) ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa

12 É fundamental ressaltar que a menção aqui feita ao interesse público não parte do pressuposto de um interesse público uno e indivisível que possa ser previsto abstratamente em lei, mas sim de um interesse público oriundo de um processo de ponderação e sopesamento, auferido pela Administração Pública de acordo com o caso concreto.

13 Como muito bem afirma José Manuel Sérvulo Correia, "a habilitação para a produção do acto administrativo implica sempre tipificação mínima do seu conteúdo. Por abstracta que seja, não passa, afinal, do último grau de uma 'relativização' da reserva de lei, que admite que à lei sigam outros preceitos apenas parcialmente predeterminados, isto é, outros preceitos cujos pressupostos e conteúdo não hajam sido integralmente caracterizados pela lei". *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 311.

14 Cf. Guido Zanobini. *L'Attività Amministrativa e la Legge*, in *Scritti Vari di Diritto Pubblici*, Milão, Dott. A. Giuffrè, 1955, pp. 203 e segs.

ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).¹⁵

Em vista do exposto, entendemos que a relação de legalidade não pode compreender uma necessidade de conformidade dos atos da Administração Pública com a lei, que limite a Administração Pública à mera executora das leis, exigindo a absoluta subsunção do conteúdo do ato com a autorização legislativa que houver autorizado sua expedição. Da mesma forma, entendemos que não é cabível a noção absoluta da exigência de compatibilidade (vinculação negativa), uma vez que entendemos ser sempre necessária uma autorização constante do Ordenamento Jurídico que permita à Administração Pública atuar no caso concreto. Entendemos que, havendo autorização para a atuação da Administração Pública (ainda que implícita nos comandos constitucionais aplicáveis), deverá atuar a Administração Pública de forma consentânea com Direito aplicável, sem o contrariar de forma alguma.

4. RELAÇÃO DE LEGALIDADE E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Muito embora não seja o escopo principal do tema deste trabalho, entendemos ser auspiciosa a menção, ainda que perfunctória, das consequências da concepção de legalidade aqui apresentada sobre a questão da discricionariedade administrativa, em razão da inegável relação existente entre o Princípio da Legalidade e a discricionariedade administrativa.

Discricionariedade administrativa pode ser considerada a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador público para que este, diante do caso concreto específico, escolha uma entre mais de uma solução possível, para o atendimento à finalidade da norma.¹⁶

Há tempos vige a noção de que discricionariedade não significa ampla liberdade de escolha do administrador público, mas sim uma obrigação de que seja tomada a decisão que melhor se apresente para o alcance da finalidade da norma em aplicação, em razão da impossibilidade de o legislador prever, *in abstracto*, a solução cabível para cada uma das situações possíveis de ocorrer no mundo fático.¹⁷

15 Gustavo Binenbojm. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 38. No mesmo sentido, Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios*, São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 97-98.

16 Celso Antônio Bandeira de Mello define discricionariedade administrativa como: "A margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força de fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente." *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 5ª tir., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 48.

17 Sobre o assunto é interessante mencionar o § 40 da Lei de Processos Administrativos alemã (VwVfG), que dispõe (*in verbis*): "Caso a autoridade tenha poderes para exercer sua discricionariedade, é ela obrigada a empregar esta discricionariedade para a finalidade da competência ou-

No cenário de concepção da legalidade ampliada, ou seja, de vinculação à juridicidade, tem-se a Administração Pública vinculada não apenas a uma norma específica, mas sim a todas as normas que compõem o Ordenamento Jurídico. Nesta toada, verifica-se que, mesmo nos casos nos quais o legislador haja conferido certa margem de liberdade ao administrador público para que este opte por uma entre mais de uma solução possível, não se está a falar de ampla discricionariedade, pois haverá considerável parcela de vinculação a todas as demais normas integrantes do Ordenamento Jurídico.

A concepção alargada de legalidade e a exigência de vinculação à juridicidade chegam a trazer à baila o próprio questionamento do cabimento de se falar em discricionariedade administrativa, uma vez que mesmo as hipóteses de decisão discricionária seriam vinculadas. Haveria apenas diferentes graus de vinculação, algumas mais intensas, nas quais a lei determina qual é a conduta administrativa cabível, e outras menos intensas, nas quais a vinculação advém do Ordenamento Jurídico considerado como um todo e não de uma norma jurídica específica.

Sobre o tema, mais uma vez vale trazer à colação as seguintes considerações de Gustavo Binenbojm:

A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial de seus atos.¹⁸

Ao lume das considerações brevemente expostas neste tópico é lícito manifestarmos pelo entendimento de que a concepção ampla de legalidade tem como consequência a limitação da discricionariedade administrativa, uma vez que, em maior ou menor grau, todos os atos administrativos serão vinculados ao Direito, com todas as suas normas e seus preceitos. O termo discricionariedade administrativa passa, a nosso ver, a ser forma de designação de atos expedidos sob a égide de normas que não impõem à Administração Pública uma única conduta possível,

torgada e a respeitar os limites da discricionariedade previstos em lei." Ao comentar este dispositivo, afirma Hartmut Maurer: "A discricionariedade não confere liberdade ou qualquer vontade à Administração. Não há 'discricionariedade livre' (...), mas apenas uma discricionariedade de dever, ou melhor: uma discricionariedade vinculada pelo Direito. Isto é previsto claramente no § 40 da Lei de Processos Administrativos e nos respectivos regulamentos: a autoridade tem que (= é obrigada) 'a empregar esta discricionariedade para a finalidade da competência outorgada e a respeitar os limites da discricionariedade previstos em lei'. Se a autoridade não se ativer a esta vinculação ao Direito, tratar-se-á de discricionariedade errônea e, portanto, ilegal. Os tribunais administrativos podem aferir a observação desta vinculação jurídica da discricionariedade." *Allgemeines Verwaltungsgesetz*, 14ª ed., C.H. Beck, Munique, 2003, p. 136 (tradução nossa).

18 *Idem*, p. 39 (grifos do autor).

mas não pode designar atos que não encontrem vinculação, eis que todos os atos administrativos são vinculados ao Direito.

5. CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Finalmente, parece-nos interessante mencionar, também, que a concepção ampla de legalidade e a existência de dever de compatibilidade entre os atos administrativos e a lei têm reflexos no controle jurisdicional da Administração Pública, contemplado no Direito pátrio no inciso XXXV do artigo 5º de nossa Constituição.

A partir do momento em que se concebe a legalidade de forma ampla, não restrita apenas à lei, mas sim a todas as normas que compõem o Ordenamento Jurídico, confere-se ao Poder Judiciário maior espectro de aferição da legalidade da atuação da Administração Pública. Esse aumento do escopo da aferição do Poder Judiciário faz-se fundamental na medida em que se admite a vinculação negativa¹⁹ da Administração Pública (compatibilidade do ato com a lei).

Para que se possa verificar se a atuação da Administração Pública é compatível com a lei, não se pode ter o escopo restrito a uma determina lei formal em específico, sobretudo em função da noção alargada de legalidade que fora descrita acima. É fundamental que tal verificação seja realizada em vista de todas as normas aplicáveis à Administração Pública, incluindo as normas por ela mesmas editadas e os princípios jurídicos (tanto os princípios positivados na Constituição Federal e demais normas jurídicas quanto os princípios consagrados pela jurisprudência e pela doutrina). Apenas desta forma entendemos ser possível o efetivo controle da Administração Pública.

Destarte, o controle jurisdicional da Administração Pública passa a ser influenciado pela hodierna concepção de legalidade na medida em que passa a ser obrigatório ao Judiciário expandir o elemento balizador de seu controle para além da lei formal, nele incluindo as demais normas que integram o Ordenamento Jurídico, o que acaba até sendo objeto de crítica por alguns juristas que consideram que tal expediente do controle jurisdicional importaria em um "estado dos juízes", no qual o judiciário seria o efetivo governante.²⁰

Em consonância com este entendimento, é imperioso transcrever o seguinte entendimento da Prof.^a Odete Medauar:

Hoje nem o agente administrativo na sua atividade nem o magistrado, nas ações atinentes ao controle jurisdicional, podem deixar de lado os princípios norteadores do Direito Administrativo e da Administração, incidindo estes, por certo, em âmbito outrora apontado como integrante da esfera discricionária.²¹

19 É importante repisar que nossa concepção da aceitabilidade da vinculação negativa depende da existência (ainda que implícita) de autorização de atuação à Administração Pública.

20 Sobre o tema: Paulo Otero. *Legalidade e Administração Pública: o Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 957-965.

21 Odete Medauar. *Parâmetros do Controle da Discricionariedade*. In: GARCIA, Emerson (coord.). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. 84.

Desta forma, entendemos ser necessário, em decorrência da concepção ampla da legalidade, bem como da existência de vinculação negativa da Administração Pública à lei, considerar que o controle jurisdicional da Administração Pública deve levar em consideração não apenas a lei formal, mas também todas as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, a fim de garantir a legalidade da atuação administrativa.

6. CONCLUSÃO

Ao lume do exposto nos tópicos precedentes, entendemos ser lícito, em síntese, concluir o quanto segue:

(i) a atual configuração do Princípio da Legalidade deve ser compreendida como uma referência à juridicidade, na qual a legalidade não se refere à lei formal apenas, mas sim a todo um bloco de legalidade, encabeçado pela Constituição;

(ii) no âmbito do alargamento da noção de legalidade, há uma inegável constitucionalização do Direito Administrativo, que tem como consequência imediata a vinculação da Administração Pública diretamente à Constituição;

(iii) em vista do Princípio da Legalidade, pode-se cogitar da necessidade de (a) conformidade dos atos administrativos à lei, que impõe à Administração Pública o dever de estrita conformidade com as disposições legais aplicáveis ou (b) simples compatibilidade entre os atos administrativos com lei (vinculação negativa);

(iv) a conformidade não seria, a nosso ver, adequada, pois não seria possível que houvesse previsão legal de todas as situações jurídicas que demandam a atuação da Administração Pública, bem como do conteúdo dos atos administrativos a serem exarados em cada uma de tais situações;

(v) entendemos, portanto, ser mais adequada uma exigência de compatibilidade entre o ato administrativo e a lei, sendo certo que será sempre necessária uma autorização legal para a atuação da Administração Pública, ainda que tal autorização seja implícita decorrente diretamente de comandos constitucionais;

(vi) a noção ampliada de legalidade põe em jogo o conceito de discricionariedade administrativa, uma vez que sempre os atos administrativos serão vinculados ao Direito, sendo mais correto falar em maior ou menor grau de vinculação dos atos administrativos; e

(vii) a adoção da legalidade ampla (ou da juridicidade) deve ter aplicabilidade também como elemento balizador do controle jurisdicional, de forma a possibilitar a melhor aferição da compatibilidade da atuação da Administração Pública com o ordenamento jurídico e não apenas com a lei formal.

7. BIBLIOGRAFIA

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Concepção Pós-Positivista do Princípio da Legalidade, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, nº 236, pp. 51 e segs., abr.-jun. 2004.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, São Paulo, Malheiros, 2003.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2006.