

# A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A EXTENSÃO DE SEU SENTIDO NO ATUAL CONTEXTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

## *THE HISTORICAL EVOLUTION OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY AND THE EXTENSION OF ITS MEANING IN THE CURRENT OF THE ADMINISTRATIVE LAW*

RAFAEL SATHLER GOMES MIRANDA<sup>1</sup>

**Resumo:** Desde o surgimento do Estado de Direito até o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade foi entendido como tendo diferentes sentidos e sofreu alterações ao longo do progresso histórico. O presente trabalho configura pesquisa explicativa de abordagem qualitativa, que utiliza metodologia bibliográfica e método dedutivo, através da qual objetiva-se analisar o processo histórico de construção do princípio da legalidade e qual a extensão de seu sentido no contexto atual do Estado Democrático de Direito. Para isso, faz-se necessário inquirir quais sentidos tomou o princípio supracitado nos contextos pretéritos do Estado Liberal e do Estado Social e, por fim, observar como diferentes doutrinadores o entendem no contexto atual, observando, assim, o processo de evolução do princípio. A conclusão é no sentido de concordar com Di Pietro quando afirma inexistir, em verdade, a chamada crise de legalidade que é por vezes suscitada. Pelo contrário, ocorre atualmente uma expansão do sentido de legalidade, que vincula a atuação da Administração a um conjunto mais amplo de normas do que em períodos anteriores.

**Abstract:** Since the emergence of the Rule of Law up to the development of the Democratic State Ruled by Law, the principle of legality was understood as having different meanings and has suffered changes over the historical progress. The current work configures explicative research of qualitative approach, that uses bibliographic methodology and deductive method, whereby the aim is to analyse the historical progress of construction of the principle of legality and what is its meaning length in the present context of the Democratic State Ruled by Law. To this end, it's necessary to inquire what meanings the aforesaid principle took in the previous contexts of the Liberal State and Social State and, at last, take note of how different scholars understand it in the current context, thereby studying the evolution process of the principle. The paper concludes that it is impossible to disagree with Di Pietro when she claims to unexist, in truth, the so-called legality crisis sometimes aroused. Instead, what currently happens is an expansion on the meaning of legality that binds the Administration to a wider range of norms in comparison to previous times.

**Palavras-chave:** discricioniedade administrativa; evolução histórica do

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva.

princípio da legalidade; princípio da legalidade.

**Keywords:** administrative discretion; historical evolution of the principle of legality; principle of legality.

## 1. INTRODUÇÃO

A evolução histórica do princípio da legalidade está profundamente atrelada à própria evolução histórica do Direito Administrativo. As exigências que foram feitas à Administração, ou as limitações que a ela se desejava impor, em cada contexto histórico, impactaram a forma como a sociedade entendia a legalidade em cada um desses contextos.

Objetiva-se, através do presente trabalho, analisar o processo histórico de construção e evolução do princípio da legalidade e qual a extensão de seu sentido no contexto atual do Estado Democrático de Direito. Para isso, faz-se necessário inquirir quais sentidos tomou o princípio supracitado nos contextos pretéritos do Estado Liberal e do Estado Social e, por fim, observar como os doutrinadores o entendem no contexto atual.

A conclusão é no sentido de concordar com Di Pietro quando afirma inexistir, em verdade, a chamada crise de legalidade que é por vezes suscitada. Pelo contrário, ocorre atualmente uma expansão do sentido de legalidade, que vincula a atuação da Administração a um conjunto mais amplo de normas do que em períodos anteriores.

O presente trabalho configura pesquisa explicativa de abordagem qualitativa, que utiliza metodologia bibliográfica e método dedutivo.

## 2. O SURGIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E O CONTEXTO DO ESTADO LIBERAL

### 2.1. O surgimento do Direito Administrativo e o Conselho de Estado francês

Conforme ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2021, p. 31),

a Idade Média não encontrou ambiente propício para o desenvolvimento do Direito Administrativo. Era a época das monarquias absolutas, em que todo poder pertencia ao soberano; a sua vontade era a lei.

Citando Merkl, a autora informa a existência de um “poder ilimitado para governar”, e de fato tal ausência de limitação pode ser observada na impossibilidade de questionamento judicial

dos atos da Coroa, em princípios como o *the king can do no wrong* e na inexistência de disposições jurídicas às quais seus atos deveriam se submeter.

Contra as monarquias absolutistas e a estrutura jurídica, econômica e social então vigentes, levantaram-se movimentos revolucionários, dentre os quais os mais marcantes são a Revolução Francesa e a Americana, chamadas de revoluções liberais. Dentre os novos ideais defendidos pela visão desses movimentos, para o presente estudo merecem atenção especial a construção da ideia de Estado de Direito e o princípio da separação dos poderes. Isso porque tais idéias tiveram grande repercussão em toda a estrutura normativa das sociedades afetadas pelos ideais revolucionários, principalmente para o direito público.

Afirma a doutrina que o surgimento do Direito Administrativo como um ramo autônomo do Direito se dá justamente com as Revoluções. Nessa senda, Di Pietro (2021, p. 32) comenta:

A formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da separação de poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado.

Nesse contexto, costuma-se dizer que uma das maiores contribuições para essa formação do Direito Administrativo – e para a sua autonomia – veio com a função jurisdicional do Conselho de Estado francês e o conseqüente surgimento de uma jurisprudência própria desse órgão.

Na França, diferentemente de outras nações (cujas escolhas serão comentadas mais adiante neste estudo), optou-se por não deixar a revisão dos atos da Administração a cargo do Poder Judiciário. Após um breve período em que a própria Administração deliberava sobre os litígios entre ela e os particulares, foi criado, para a realização dessa função, o Conselho de Estado, órgão pertencente ao Poder Executivo.

Afirma a melhor doutrina que as razões para negar ao Poder Judiciário a competência de revisar atos da Administração e para a posterior criação do Conselho de Estado são, principalmente, duas. Primeiro, observou-se, ainda no período do regime monárquico, que o Judiciário francês era muito resistente às mudanças que se propunham naquele tempo, o que motivou receios à ideia de submissão da Administração a esse poder. Segundo, entendeu-se, à época, que submeter os atos da Administração à revisão pelo Poder Judiciário significaria submeter um poder ao outro (Di Pietro, 2021, p. 37).

Surgiu, portanto, o Conselho de Estado e a sua função jurisdicional administrativa foi logo depois confirmada. Em sua experiência jurisdicional e produção jurisprudencial, é inegável sua

contribuição para a elaboração de uma ciência própria do Direito Administrativo, principalmente porque “foi pela elaboração pretoriana desse órgão de jurisdição administrativa que se desenvolveram inúmeros princípios informativos do Direito Administrativo, incorporados ao regime jurídico de inúmeros outros países” (Di Pietro, 2021, p.38).

## **2.2. A vinculação negativa da administração no contexto do Estado liberal**

Aos tempos do liberalismo político, o princípio da legalidade era concebido de maneira diversa da que é hoje. Em que pese as revoluções liberais serem marcos históricos da limitação da atuação estatal e submissão dos entes públicos à lei, a atuação administrativa não era totalmente dependente de previsão legislativa, da forma como é atualmente.

Houve certa influência do antigo regime, pela qual, “como resquício do período anterior, das monarquias absolutas, continuou-se a reconhecer à administração pública uma esfera de atuação livre de vinculação à lei e livre de qualquer controle judicial” (Di Pietro, 2012, p. 14).

Pode-se dizer, portanto, que a atuação da Administração Pública estava vinculada à lei no sentido em que deve executá-la e não pode descumpri-la, mas, ao mesmo tempo, no silêncio da lei, pode agir segundo seu próprio critério do que lhe era apropriado. Assim, a Administração encontrava certa liberdade, quase semelhante à dos particulares, já que não dependia de previsão legal para toda a sua atuação.

Acertadamente afirma a supracitada autora que, à época, compreendia-se como atribuição do Poder Executivo a mera execução da lei, porém,

“ao lado dessa atividade 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, 2012, p. 14).

A doutrina apresenta duas razões principais para essa postura. Em primeiro lugar, um resquício do antigo regime, do sistema monárquico absolutista, que acabou por exercer alguma influência sobre o modo como se concebia a discricionariedade no novo modelo. Em segundo, a forma como se compreendia a separação dos poderes, em especial no modelo francês, pela qual não se permitia revisão judicial dos atos, resultando, num primeiro momento, em um fortalecimento do que significava discricionariedade e um arrefecimento de seus limites.

Observa-se, então, um fato interessante. No mesmo período em que se inaugura a submissão da administração pública à lei, mantém-se um entendimento de discricionariedade que permitia à Administração atuar no seu silêncio. Percebe-se, assim, que a legalidade, nesse primeiro

momento, significou simplesmente que a Administração devia obediência à lei, mas não que esta era necessária à sua atuação.

Não se deve olvidar, porém, que, no contexto liberal, não só a lei apresentava limite à atuação da Administração:

Para além, os direitos fundamentais subjetivos, aqueles de primeira geração, valorizados e expressamente afirmados nos ordenamentos jurídicos após as revoluções liberais, se apresentavam também como barreiras ao arbítrio da Administração (Vinício Ribeiro, apud Di Pietro, 2012, p. 15).

### 2.3. Notas sobre as contribuições do direito inglês para a compreensão do princípio da legalidade

O Direito Administrativo – e por consequência seus princípios – se desenvolveu de forma diferente nos países que compartilham do sistema de *commom law* e, tendo em vista que algumas peculiaridades que essa área do Direito ganhou nesses países influenciaram o Direito brasileiro, algumas notas são úteis para a melhor compreensão do desenvolvimento do princípio ora em estudo.

Na Inglaterra, mormente em razão dos acontecimentos que levaram à elaboração da Magna Carta de 1205 e outros impasses entre o rei e a nobreza ou o parlamento, a limitação do poder de governar começou cedo se comparada a outras nações ocidentais.

Nesse contexto de revoltas e revoluções é que se desenvolveram alguns princípios fundamentais para o Direito inglês. É fundamental citar aqui, o desenvolvimento da expressão jurídica *rule of law*, que afeta diretamente a atuação da Administração Pública.

O *rule of law*, ou *império da lei*, inglês não possui um único significado ou aplicação dentro do ordenamento jurídico daquele país, antes, sua função é colorida por uma diversidade de significados.

Os significados da expressão não são necessariamente descritos da mesma forma por todos os doutrinadores, mas, essencialmente, podemos apontar quatro acepções. Primeiramente, podemos apontar o dever de observar o devido processo legal e o direito dos cidadãos de acesso ao Poder Judiciário. Pelo princípio do devido processo legal, o Estado estará vinculado à “observância do processo justo legalmente previsto quando os cidadãos estiverem sujeitos a restrições a direitos relacionados à sua liberdade e propriedade” (Reinaldo Couto, 2019, p. 121).

Em segundo lugar, a submissão da Administração ao Parlamento e às leis por ele elaboradas. No direito inglês, conforme dito anteriormente, houve uma tendência progressiva de limitar os atos do rei, que ocorreu, principalmente, através do fortalecimento do Parlamento.

Podemos citar, como exemplo, o *Bill of Rights* de 1689, que, dentre outras disposições, retirava o poder da Coroa de instituir impostos sem a permissão do Parlamento.

Em terceiro, o império da lei implica a submissão da Administração Pública ao mesmo direito comum e à jurisdição aos quais eram subordinados os individuais. Os juristas ingleses, inclusive, foram resistentes ao reconhecimento de um Direito Administrativo no ordenamento daquele país, por entenderem-no como um regime que colocava a Administração em desigualdade com os individuais (Di Pietro, 2021, p. 44).

Por último, essa vinculação ao direito comum também foi entendida na Inglaterra de forma a impedir a existência dos privilégios e prerrogativas tão comuns em outros países, como na própria França. Os ingleses rejeitaram a possibilidade de colocar a Administração – ou os seus funcionários – em desigualdade com os individuais. Inclusive, essa foi uma das razões pelas quais houve resistência ao reconhecimento do Direito Administrativo, muito embora não se possa entender tais afirmações em caráter absoluto, visto que houve, na prática, diferença de tratamento entre administração e particulares no direito inglês, mesmo no período em que se negava a existência desse ramo jurídico especial.

## 2.4. Notas sobre o direito administrativo no ordenamento jurídico estadunidense

O direito norte-americano possui proximidade com o direito inglês, até por adotarem, ambos, o sistema de *common law*. Com isso, alguns dos aspectos do direito inglês acima descritos influenciaram o direito norte americano – ou, até, foram por ele influenciados. Alguns dos significados do *rule of law* que foram aqui explorados aparecerão como princípios de Direito nos Estados Unidos, embora com nomenclaturas diferentes.

Merece destaque, aqui, o princípio do *due process of law*, que nada mais é, senão, do que o princípio do *devido processo legal*, que, para o direito americano, reflete a necessidade de que o Estado obedeça a um processo definido previamente em lei para a execução de quaisquer atos que afetem os direitos individuais dos cidadãos.

O direito americano também merece destaque por ter influenciado outros ordenamentos jurídicos quanto à amplitude da revisão judicial sobre atos da Administração Pública. Os americanos afirmaram em seu ordenamento, desde a fundação dos Estados Unidos, a doutrina da *judicial review* (Pessanha, 2011), que permitiu ao judiciário tanto a revisão da legislação – o que hoje existe nos países que assumem a forma de Estados Democráticos de Direito como a possibilidade de controle de constitucionalidade e legalidade exercido pelo judiciário sobre atos legislativos, com

as peculiaridades de cada ordenamento –, quanto sobre atos administrativos, também sobre os parâmetros de legalidade e constitucionalidade.

Assim, percebemos uma diferença marcante entre o modelo francês e o norte-americano quanto à possibilidade de o Judiciário realizar controle sobre os atos da Administração. Segundo Di Pietro, essa diferença ocorre muito em função da diferença na forma de compreender o princípio da separação dos poderes

que, na França, é interpretado de forma a impedir a apreciação, pelos juízes da jurisdição comum, dos atos praticados pela Administração Pública e, nos Estados Unidos e Inglaterra, como separação funcional, a impedir a Administração de exercer função jurisdicional como a que exerce o Conselho de Estado francês (Di Pietro, 2021, p. 44).

A revisão judicial é, nos Estados Unidos, ainda maior que na Inglaterra, o que se deve, principalmente, à doutrina do *judicial review*. Além disso, porém, a Inglaterra possui alguns órgãos administrativos com “funções quase-judiciais, em que se presume, *juris et de jure*, que o ato reúne todos os requisitos legais, vedada, em muitos casos, a apreciação, pelo Judiciário, da matéria de fato” (Di Pietro, 2021, p. 46).

O direito brasileiro, inclusive, foi muito influenciado pelo direito norte-americano e seu entendimento de ampla possibilidade de revisão judicial e controle sobre atos administrativos. No ordenamento jurídico pátrio, afinal, há a disposição de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, impossibilitando que o Poder Judiciário tenha seja impossibilitado de atuar exclusivamente por se tratar de questão administrativa, encontrando limite apenas no impedimento de analisar algumas questões naturais da gestão pública, como o objeto legalmente indeterminado e o motivo de fato do ato administrativo.

### **3. AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELO PARADIGMA DO ESTADO SOCIAL**

#### **3.1. A ampliação da atuação da administração pública e o positivismo jurídico**

Embora seja inegável que durante o período de Estado Liberal, a sociedade tenha visto grande crescimento na produção geral de riqueza, viu também o crescimento das desigualdades e de problemas sociais ligados à forma de organização urbana decorrente, principalmente, das revoluções industriais. Nesse contexto, o modelo Liberal se mostrou insuficiente para a superação desses problemas desenvolvidos em sua vigência.

A resposta dada pela sociedade a esse cenário se deu – no plano jurídico – através da reconsideração de categorias jurídicas que culminou na adoção do modelo que se convencionou

chamar de Estado Social. Essa nova configuração fez com que as nações que a adotassem atribuíssem “ao Estado missão mais ativa para superar as desigualdades surgidas nos âmbitos social e econômico” (Di Pietro, 2012, p. 16).

Nesse contexto, por exemplo, é que se atribuiu ao Estado a função de prestar o que se convencionou chamar de serviço público. Principalmente como garantia da oferta de serviços básicos para a parcela da população que a eles não teria acesso de outra forma, além de ser um meio de participação da coletividade nos rendimentos da produção daquela sociedade.

Ademais, a intervenção do Estado nas relações econômicas e sociais não se resumiu à prestação dos serviços públicos. Outras formas também se fizeram presentes, como a regulamentação de determinadas atividades econômicas, políticas de preços, legislação trabalhista *et coetera*, contrapondo-se ao modelo liberal do *laissez faire, laissez passer*.

Dando prosseguimento ao estudo é imprescindível comentar que, no mesmo período em que se desenvolvem as ideias de intervenção estatal nas relações sociais e econômicas em busca de diminuir as desigualdades sociais e garantir um aproveitamento coletivo do que era produzido pela sociedade, ganhou força o positivismo jurídico. Com o movimento positivista

o direito natural deixou de estar na base do direito positivo; a escola do voluntarismo jurídico, que defende a tese de um direito resultante da razão, substituiu a escola de direito natural, segundo a qual o direito positivo aparece vinculado a direitos inalienáveis, eternos, independentes da vontade do homem. O direito desvincula-se da ideia de justiça, passando a lei a constituir apenas uma ordem (Di Pietro, 2012, p. 17).

O positivismo trouxe mudanças a todas as áreas do Direito e, indubitavelmente, impactou o Direito Administrativo. O anseio positivista de prever na lei o máximo de atos, fatos e situações possíveis trouxe repercussões positivas e negativas a essa área do Direito e aquelas relevantes à presente pesquisa serão tratadas mais adiante.

### **3.2. A vinculação positiva da Administração**

No que diz respeito ao Direito Administrativo, esse novo modelo, que se convencionou chamar de Estado Social, trouxe consigo alguns avanços. No âmbito dessa disciplina, é indispensável comentar que foi nesse contexto que se passou a compreender a legalidade como uma vinculação positiva – e não mais negativa, como no Estado Liberal – da Administração Pública à lei.

Sobre isso, Di Pietro (2012, p. 24) comenta, em obra especializada:

Sob a influência do positivismo jurídico, o princípio da legalidade a que se submete a Administração Pública passou a ser visto de forma diversa. Enquanto no Estado de Direito liberal se reconhecia à Administração ampla discricionariedade no espaço livre



deixado pela lei, significando que ela pode fazer tudo o que a lei não proíbe, no Estado de Direito social a vinculação à lei passou a abranger toda a atividade administrativa; o princípio da legalidade ganhou sentido novo, significando que a Administração só pode fazer o que a lei permite.

Dessa forma, verifica-se que o princípio da legalidade administrativa ganha, no Estado Social, sentido muito próximo ao que hoje lhe é conferido. Isso porque, a partir de então, não só a Administração se sujeita à lei como também passa a depender, para a sua atuação, de prévia disposição legal.

É possível perceber, também, que a noção de discricionariedade se afasta muito daquela do Estado Liberal. Já não se compreende a discricionariedade como aquele espaço em que a atuação da administração é livre, mas como a possibilidade de escolha entre as formas possíveis de execução do ato administrativo permitido ou ordenado pela lei.

A mesma autora indica (2012, p. 24-25), inclusive através de citação de Merkl (1980, p. 223), que a fundamentação teórica para a origem da vinculação positiva se encontra nos postulados do positivismo jurídico de Kelsen. Isso porque a necessidade de previsão legislativa para a atuação administrativa deriva da ideia de que não podem existir pontas soltas no ordenamento jurídico. A atuação administrativa, como não deixa de ser ato jurídico, necessita que seja justificada como uma decorrência lógica de outra disposição jurídica a ela anterior.

Contudo, ainda que seja possível apontar avanços na vinculação positiva da Administração à lei, o positivismo acabou por causar, também, alguns problemas.

Ocorre que, quando esse positivismo jurídico, movimento que busca abranger o máximo de situações de todas as áreas do Direito na lei, foi somado à ampliação das atribuições da Administração – e, conseqüentemente, do Poder Executivo – viu-se, como resultado, um crescimento muito grande da demanda por atividade legislativa.

Isso porque o Poder Executivo ativo do Estado Social tinha atuação muito ampla e necessitava de previsão legal para toda essa atuação. Com isso, para que o legislativo não ficasse sobrecarregado e sem condição de cumprir a produção legislativa na urgência que a Administração precisava para a sua atuação, implantaram-se formas de compartilhar a função legislativa com o próprio poder Executivo. Como elucidada Di Pietro (2012, p. 18):

passou-se a aferir atribuição normativa ao Poder Executivo, que veio a exercer essa competência por meio de decretos-leis, leis delegadas, regulamentos autônomos. O legislador, em inúmeros casos, passou a adotar a técnica de editar fórmulas gerais, *standards*, para serem completados pelo Executivo; que deixou de ser apenas um *executor* de normas postas pelo Legislativo.

Esse cenário acabou por enfraquecer a saudável separação dos Poderes. Em primeiro lugar, porque o Poder Legislativo perde sua força como o Poder que delinea a estrutura principal do

ordenamento jurídico. O executivo acabou por ser o responsável fático por uma grande parcela da produção legislativa, principalmente em âmbito administrativo.

Em segundo lugar, em decorrência da necessidade de previsão legal para a sua atuação, quando o Poder Executivo recebia demandas – que eram muitas e frequentes, já que a sua atuação foi em muito ampliada – o Legislativo era por ele pressionado para que permitisse sua atuação, conforme a demanda recebida, por meio de lei. Com isso, o Legislativo, que deveria realizar sua atribuição manifestando a vontade popular através do debate entre os representantes democraticamente eleitos, em muitas das vezes atuou apenas em resposta às pressões do Executivo.

Como resultado, a legislação administrativa acaba por se tornar mera formalidade necessária à atuação, perdendo a característica de manifestação da vontade popular que justifica ou impulsiona a ação do Estado.

Em terceiro lugar, Di Pietro aponta o enfraquecimento da revisão judicial decorrente do formalismo da lei. De acordo com a autora (2012, p. 20), o princípio da revisão judicial é prejudicado

na medida em que o Judiciário examina as leis também apenas sob o aspecto formal, sem qualquer preocupação com seu conteúdo, desvinculado que está dos princípios de direito natural que estavam presentes nas origens do Estado de Direito.

Diante do cenário supra referido, o Judiciário acaba vendo a possibilidade de revisão judicial limitada à análise da existência ou não de previsão legal, não sendo capaz de inquirir os aspectos materiais de um ato administrativo, como o objetivo almejado ou os interesses jurídicos em conflito e a sua ponderação.

## **4. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONCEPÇÃO ATUAL DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

### **4.1. O pós-positivismo e a constitucionalização do Direito Administrativo**

Por volta do período pós Segunda Guerra Mundial, desenvolveu-se, principalmente nos países que haviam instituído o modelo jurídico do positivismo, uma tendência a trazer de volta ao direito noções de ética e justiça. Nesse contexto, os princípios de direito, especialmente os constitucionais, ganharam maior notoriedade e passaram a ter relevância como elementos valorativos que limitavam, justificavam ou demandavam a criação, aplicação e cumprimento da lei.

Esse movimento, que ficou conhecido como pós-positivismo, objetivou, portanto, “a obediência não só à lei, em sentido formal, mas a todos os valores e princípios que estão na base do ordenamento jurídico e que imprimem conteúdo material à lei.” (Di Pietro, 2012).

Ademais, relata-se também um esforço no sentido de superar o formalismo da lei que marcou o período positivista, numa tentativa de trazer mais representatividade tanto na elaboração legislativa quanto na atuação administrativa.

Sob tais perspectivas, passou-se do Estado Legal, resultante do positivismo jurídico, ao Estado Democrático de Direito. Construindo-se um modelo que é Democrático, pois busca ampliar a participação popular no processo de governança e garantir os direitos fundamentais, elementos inerentes à democracia, e é de Direito, em razão de aproximar, novamente, o direito das noções de ética e justiça (Di Pietro, 2012, p. 26).

Nessa senda, outra relevante tendência se faz presente em Estados de Direito Democrático e se fortalece principalmente na segunda metade do século XX, a de Constitucionalização das disciplinas jurídicas. As normas constitucionais passam a interferir em todas as áreas do Direito, inclusive o Direito Administrativo refletindo seus princípios e fundamentos de forma a colorir a produção e a aplicação da lei. O Direito Administrativo, como se verá mais adiante, percebe-se também afetado pela influência constitucional.

No contexto brasileiro, merece destaque, como demonstração da Constitucionalização do Direito Administrativo, a previsão expressa em rol exemplificativo, na própria Constituição, dos princípios que devem ser observados pela Administração:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...) (BRASIL, 1988).

#### **4.2. Reflexos do pós-positivismo e da constitucionalização do Direito Administrativo sobre a legalidade**

Especificamente quanto ao princípio da legalidade, observa-se uma alteração de extrema relevância, a expansão do sentido de legalidade, para nela incluir não só a legislação administrativa, mas o ordenamento jurídico como um todo, com suas regras, princípios e objetivos. Sobre isso, comenta Di Pietro (2012, p. 29):

A lei, no Estado Democrático de Direito, tem sentido *formal*, pelo fato de que emana do Poder Legislativo (ressalvadas algumas hipóteses excepcionais previstas na Constituição, como é o caso das leis delegadas e medidas provisórias) e sentido também *material*, porque lhe cabe o papel de realizar os valores consagrados pela Constituição, sob a forma de princípios fundamentais.

Também Gilmar Mendes (2019, p. 936), ao tratar da previsão constitucional de que a Administração Pública obedecerá ao princípio da legalidade, faz alusão à questão ora em comento:

O conceito de legalidade não faz referência a um tipo de norma específica, do ponto de vista estrutural, mas ao ordenamento jurídico em sentido material. É possível falar então em um *bloco de legalidade* ou de *constitucionalidade* que englobe tanto a lei como a Constituição. *Lei*, nessa conformação, significa *norma jurídica*, em sentido amplo, independente de sua forma.

Diante do que expõem os doutrinadores, é possível perceber como a legalidade administrativa, no Estado Democrático de direito, não se limita à necessidade de previsão legal para a atuação da Administração. Antes, significa que toda a lei, e em especial as disposições constitucionais, são fundamento material que justifica e vincula a atuação administrativa ou que a limita.

Como decorrência lógica dessa ampliação de sentido da legalidade, a discricionariedade também restou afetada. Isso porque, até mesmo no seu âmbito de cabimento – as questões jurídicas nas quais é possível a realização de uma escolha entre as diferentes formas de cumprimento da lei – será necessário que a Administração observe os princípios jurídicos constitucionais e legais e os objetivos da República.

Outrossim, com a expansão do sentido da legalidade, amplia-se, também, o cabimento da revisão judicial. Se no período do Estado Social, o Judiciário se viu limitado a analisar apenas questões formais, como a existência ou não de previsão legal para a atuação administrativa, no contexto atual, pode avaliar se leis e atos administrativos estão de acordo com os princípios e regras hierarquicamente superiores aplicáveis ao caso concreto, lhe sendo vedado apenas a análise de algumas questões inerentes à gestão pública.

Para utilizar a expressão de Ritter e Piaia (2018), a justiça se torna um “espaço de exigibilidade da democracia” até mesmo no âmbito do Direito Administrativo, já que os princípios constitucionais – incluindo o princípio democrático e o princípio da isonomia – devem ser observados pelo administrador e poderão ser objeto de questionamento judicial. Percebe-se, assim, que no contexto atual do Direito Administrativo, o objeto de revisão judicial é mais amplo do que jamais fora, ainda que possua seus limites.

## **5. CONCLUSÃO**

A já multicitada autora, em obra intitulada *Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa*, traz importantíssima consideração. Afirma a autora ser lamentável que se fale em uma *crise de legalidade* no atual contexto

do Direito Administrativo no Estado Democrático de Direito (Di Pietro, 2012), afinal, o que claramente se percebe através da análise da evolução histórica do princípio da legalidade aqui realizada é que a Administração Pública está vinculada a uma maior variedade de normas do que nos períodos anteriores do Estado Liberal e do Estado Social e até mesmo a sua discricionariedade deve ser exercida a partir de critérios, em especial os princípios constitucionais e legais.

Concorda-se, portanto, com a autora no entendimento de que o princípio da legalidade, no contexto do Estado Democrático de Direito, impõe maiores limites à atuação da Administração, e não menores. Não se compreende correta, portanto, a ideia de que o princípio se encontraria de alguma forma em crise ou decadência, visto que o seu processo de evolução histórica é no sentido de fortalecer – e não enfraquecer – a vinculação da administração à lei.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

COUTO, Reinaldo. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. *Atualidades Jurídicas – Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80131>>. Acesso em: 23 nov. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 34. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PESSANHA, Rodrigo Brandão Viveiros. *Supremacia Judicial: trajetória, pressupostos, críticas e a alternativa dos diálogos constitucionais*. 2011. 517 f. Tese (Doutorado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica; Direi) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em <<http://www.bdt.d.uerj.br/handle/1/9237>>. Acesso em: 23 nov. 2021.

RITTER, Letícia Mousquer; PIAIA, Thami Covatti. A resignificação da função judicial na proteção das minorias: contributos das teorias da integridade de Dworkin e da interpretação de Gadamer. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.35, p.120-133, maio/ago. 2018. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/12/DIR35-08.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2021.