

JULIANO RODRIGUEZ TORRES

**JURIDICIDADE DE ATOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS E AS
MUTAÇÕES HISTÓRICAS DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Bacharelado, no Curso de Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Angela Cassia Costaldello

CURITIBA
SETEMBRO 2006

*Em 29/09/2006.
Angela Costaldello*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	3
CAPÍTULO 1 – LEGALIDADE ADMINISTRATIVA E AS SUAS MUTAÇÕES HISTÓRICAS	
HISTÓRICAS	6
1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	6
1.2 A CONFIGURAÇÃO TEÓRICA DO ESTADO MODERNO E A INVENÇÃO DO ESTADO DE DIREITO.....	7
1.3 A FORMAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NOS LIMITES DO LIBERALISMO ABSENTEÍSTA.....	10
1.4 LEGALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO SOB A CONCEPÇÃO LIBERAL-POSITIVISTA: O LEGALISMO REDUCIONISTA.....	12
1.5 O ESGOTAMENTO DO ESTADO LIBERAL, A CRISE DA LEI E O PROBLEMA DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA.....	15
CAPÍTULO 2 – ATOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS: CONCEITUAÇÃO E CARACTERÍSTICAS.....	
E CARACTERÍSTICAS.....	24
2.1 OBSERVAÇÕES SOBRE A RELATIVIDADE E OPERACIONALIDADE DE UMA CONCEITUAÇÃO.....	24
2.2 DELIMITAÇÃO "CLÁSSICA" DO ATO ADMINISTRATIVO E SEUS "VÍCIOS DE ORIGEM"	26
2.3 ATOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS: SUA CARACTERIZAÇÃO E AS EXIGÊNCIAS DA JURIDICIDADE.....	30
CONCLUSÕES.....	37
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	42

INTRODUÇÃO

Os atos administrativos de conteúdo normativo têm aumentada a sua importância e o seu volume de produção, à medida em que o constitucionalismo social e a tecnoburocracia se apresentam como fenômenos paralelos no seio da sociedade de massas. Por um lado, as conquistas populares expressas nos direitos sociais, econômicos e culturais exigem, para um mínimo de efetividade, a oferta articulada de uma ampla gama de prestações positivas, a que se devem reconhecer condições de exigibilidade e tutela jurídica; como se trata, aí, da necessidade de *ações concretas* (e, por isso mesmo, sobretudo de ações resultantes da atividade administrativa), mas de ações concretas marcadas por especificidades, ou articuladas de modo complexo, e que muitas vezes, portanto, *a lei formal não pode prever, ou não se presta a regular*, observa-se então que a competência para essa regulação se desloca para os atos administrativos normativos (limitando-se a lei à atribuição de competência).

Por outro lado, a multiplicação de tarefas do poder público, associada à divisão econômica do trabalho, ao predomínio da tecnologia e à dependência dos conhecimentos técnicos, faz com que, muitas vezes, a disciplina das matérias reguladas se dissocie dos princípios jurídico-políticos a que se deveria vincular, e “escape” à compreensão dos cidadãos, o que faz ressaltar a necessidade e a dificuldade de um controle da sua juridicidade.

Nesse contexto, cumpre lembrar que uma Constituição de caráter conformador impõe ao Estado uma ampla gama de funções, imprimindo-lhe feições peculiares e um papel que é definido em função do sistema de princípios e direitos fundamentais. Problemas particulares aparecem a partir da eficácia jurídica dos direitos sociais – mormente aqueles de caráter prestacional, cujo atendimento depende de serviços públicos, ou de relevância pública, em condições adequadas e suficientes – e da publicização do regime jurídico de institutos como a propriedade, a atividade econômica ou a liberdade contratual – seja nos âmbitos do intervencionismo legislativo e do controle jurisdicional, seja através das restrições administrativas à

propriedade, do poder de polícia, do poder regulamentar e demais competências normativas da Administração, além do controle que deve exercer sobre certos serviços e atividades, entre diversas outras características e expressões jurídicas da atividade administrativa.

Mais que isso, a supremacia formal e material da Constituição a coloca como fundamento do ordenamento jurídico, tanto no sentido de “pedra angular” (fonte de validade primária) como no de que carrega ou veicula mandamentos substanciais, fundamentando e justificando o Estado, norteando a interpretação do Direito e a valoração das situações jurídicas, mormente quando traz em seu núcleo um sistema principiológico – centrado na pessoa humana - que impõe, aos poderes públicos, *programas de ação* para a otimização de condições impostas à coletividade delimitada em âmbito nacional.

O reconhecimento de eficácia “plena” aos direitos fundamentais, com base na Constituição Federal, implica, a seu turno, em vinculação dos órgãos administrativos, significando (feitas as ressalvas necessárias, no que respeito à discricionariedade administrativa à divisão dos poderes) que estes “*devem executar apenas as leis que àqueles sejam conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais. A não observância destes postulados poderá, por outro lado, levar à invalidação judicial dos atos administrativos contrários aos direitos fundamentais*”, conforme ensina Ingo W. SARLET¹, apoiado em J.J. Gomes CANOTILHO², Jorge MIRANDA³ e Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO⁴.

Sabemos que a função administrativa se deve operar em razão do interesse

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre, Livraria do advogado, 1998.

² CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional, 5ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1991.

³ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra, 2ª ed., 1983.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 15ª edição. São Paulo, Malheiros, 2003.

público, e está adstrita ao princípio da legalidade. Ora, se entendermos, com Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, que “*a expressão legalidade deve, pois, ser entendida como ‘conforme ao Direito’, adquirindo, então, um sentido mais extenso*”, podemos enxergar a relevância de cogitar-se a repercussão do contexto constitucional sobre a formação de juízos de controle da atividade administrativa. Sobretudo quando se reconhece o fenômeno da exacerbação das competências normativas da Administração, seja em crônicos excessos (como o uso indiscriminado do Poder Regulamentar), seja por força da necessidade (como necessariamente ocorre na implementação de diversas políticas públicas).

CAPÍTULO 1 - LEGALIDADE ADMINISTRATIVA E AS SUAS MUTAÇÕES HISTÓRICAS

1.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Uma tentativa de se abordar temas como o “Direito”, a “legalidade” ou o “Direito Público” nunca é tarefa fácil, uma vez que não se versa a respeito de um fenômeno da natureza, mas de um fenômeno compreendido no próprio âmbito da atividade humana. Deste modo, seu significado será sempre cambiante e equívoco, na medida em que uma sociedade humana não é um objeto estático.

Neste sentido, assevera Antonio Carlos Wolkmer ⁵:

“O homem, enquanto realidade histórico-social, tende a criar e a desenvolver, no contexto de um mundo natural e de um mundo valorativo, formas de vida e de organização societária. A espécie humana fixa, na esfera de um espaço e de um tempo, tipos e expressões culturais, sociais e políticas, demarcadas pelo jogo dinâmico de forças móveis, heterodoxas e antagônicas. Cada indivíduo, vivendo na dimensão de um mundo simbólico, linguístico e hermenêutico, reflete padrões culturais múltiplos e específicos. Sendo a realidade social o reflexo mais claro da globalidade de forças e atividades humanas, a totalidade de estruturas de um dado grupo social precisará o grau e modalidade de harmonização deste”.

Admitindo estas considerações, temos de reconhecer que qualquer concepção do Direito, da “legalidade”, ou de qualquer forma de expressão jurídica, sofre o influxo de processos culturais específicos de cada sociedade em sua atualidade histórica, e que estas concepções não poderão ser reduzidas a um significado unívoco e definitivo, por estarem sujeitas a um “jogo dinâmico de forças móveis, heterodoxas e antagônicas”.

Mesmo assim, as necessidades de abordagem de uma problemática específica, no âmbito acadêmico, fazem com que algumas considerações prévias

⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. Ideologia, Estado e Direito. 2ª ed. rev. e ampl., RT, São Paulo, 1995.

acerca do fenómeno jurídico, e de sua expressão sob a forma de “legalidade”, se imponham como tarefa preliminar, sem qualquer pretensão à universalidade dos conceitos, senão que, ao contrário, tendo em vista sua utilidade específica para o tema que se procura abordar.

1.2 A CONFIGURAÇÃO TEÓRICA DO ESTADO MODERNO E A INVENÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

Desde logo, portanto, importa alertar para o influxo histórico-cultural específico subjacente a toda e qualquer concepção de Direito concernente à temática aqui abordada - referente ao Direito Público, em geral, e ao Direito Administrativo em particular – que envolve, primordialmente, a própria idéia de Estado. De acordo com o administrativista português Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva⁶, o conceito de Estado surge no período Renascentista, na forma de uma dupla resposta à realidade política do continente europeu, no ocaso da organização jurídico-social medieval.

É certo que “o mundo antigo ou mundo feudal não eram unicamente mundos espirituais, mas também mundos materiais e que, mais precisamente, o modo de pensar a vida social estava condicionado pelo modo de vivê-la”⁷. Com a desintegração do feudalismo, “o humanismo passa a ser a expressão de uma exigência cultural, defendida por aqueles aos quais não mais interessa manter os valores, até então em voga”⁸ e, com a (relativa) renúncia de premissas religiosas⁹ como elementos de uma perspectiva estruturante e organizatória da civilização ocidental¹⁰, “o homem é novamente, como na decadência da idéia mitológica ou religiosa, a medida de todas as

⁶ SILVA, Vasco Pereira da. “Em busca do Acto Administrativo Perdido”. Livraria Almedina, Coimbra, 1998.

⁷ CERRONI, Umberto. Introducción al pensamiento político. México, Siglo XXI, 1967.

⁸ LARA, Tiago Adão, Caminhos da Razão no Ocidente.

⁹ ADOMEIT, Klaus, Filosofia do Direito e do Estado, Vol. II. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 2001.

¹⁰ LARA, Tiago Adão, Op. Cit., p. 27.

coisas”¹¹, passando a ser “visto como criador, ante a natureza, na qual se encontra; dela se distingue, enquanto racionalidade; sobre ela deve atuar, celebrando assim a sua liberdade”¹², enfatizando-se porém, talvez, “não tanto o homem, mas sim, a razão nele originada e contida”¹³, constituindo-se enfim a visão moderna do Direito como algo a ser criado para alcançar fins práticos¹⁴. Por outro lado, a ascendência da burguesia e as exigências da expansão do comércio e do capitalismo industrial nascente¹⁵ ditam a necessidade ou conveniência da centralização política, econômica e jurídica¹⁶.

Assim, de um lado, buscava-se a criação de uma forma de organização política e jurídica, da qual se reconhecia, conscientemente, o seu caráter artificial, e portanto sua origem como criação humana, independentemente de qualquer intervenção sobrenatural. Desse modo, o advento do conceito de Estado marca a ruptura entre o poder temporal e o poder espiritual, e, simultaneamente, a autonomia da política (orientada por finalidades práticas) em face da moral (construída em torno de exigências metafísicas), tal como se infere da obra de Maquiavel. Por outro lado, buscava-se a centralização do poder, associada a uma “autodeterminação do poder político relativamente aos vínculos internos e internacionais que o limitavam”, teorizada na doutrina na soberania de Jean Bodin¹⁷.

A modernidade ocidental virá agregar a esse processo as exigências de fundamentação racional (expressa nas teorias do “contrato social”) e de limitação do

¹¹ ADOMEIT, Klaus, Op. Cit., p. 16.

¹² LARA, Tiago Adão, Op. Cit., p. 28.

¹³ ADOMEIT, Klaus, Op. Cit., p. 16.

¹⁴ ADOMEIT, Klaus, Op. Cit., p. 15.

¹⁵ TIGAR, Michael E. e LEVY, Madeleine R., O Direito e a Ascensão do Capitalismo. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1978.

¹⁶ TIGAR, Michael E. e LEVY, Madeleine R., p. 186-187.

¹⁷ SILVA, Vasco Pereira da. “Em busca do Acto Administrativo Perdido”. Livraria Almedina, Coimbra, 1998.

poder do Estado, esta última concebida como garantia da liberdade individual¹⁸. A afirmação histórica de tais concepções, sob hegemonia do liberalismo, virá resultar na noção de Estado de Direito, que surge assim “como uma expressão burguesa da organização estatal”¹⁹.

Desse modo, a concepção do “Estado de Direito” se mostra marcada por uma dupla característica: a de uma organização dotada de poder soberano em face das relações sociais, orientada em sua ação por critérios práticos de utilidade, necessidade, possibilidade e oportunidade, e, simultaneamente, delimitada por fundamentos e limites racionais.

Sobre esta dupla característica é que se pode estruturar uma teorização da atividade do Estado como *função pública*, tendo em vista que o Estado de Direito aparecerá como expressão doutrinária de uma posição de supremacia jurídica e política estatal, condicionada à prossecução de interesses referíveis à coletividade nacional e reconduzíveis, discursivamente, ao interesse geral da sociedade; homenageando assim seu fundamento, traduzido no princípio da supremacia do interesse público, resta ainda para o Estado de Direito a circunstância de ter de enfrentar um duplo problema: o das formas e procedimentos válidos para determinar-se o conteúdo do interesse público ou geral, e, ainda, o do estabelecimento das fontes que determinam os limites da sua atuação, bem como das formas que permitem circunscrevê-lo a esses mesmos limites.

1.3 A FORMAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NOS LIMITES DO LIBERALISMO ABSENTEÍSTA

Observa-se, contudo, que os problemas jurídico-políticos são compreendidos de forma peculiar nos limites do imaginário social predominante em cada situação

¹⁸ SILVA, Vasco Pereira da. “Em busca do Acto Administrativo Perdido”. Livraria Almedina, Coimbra, 1998.

¹⁹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Livraria Del Rey editora, Belo Horizonte, 1994.

histórica²⁰: a solução concebida para este duplo problema pelo pensamento liberal foi expressa no princípio da legalidade. A limitação do poder estatal, na concepção liberal, confundia-se com o impedimento quase absoluto de qualquer tipo de intervenção do Estado-administração tendente a influenciar na conformação da vida em sociedade²¹, vindo o mesmo a intervir apenas quando se houvesse por necessária uma intervenção pontual autoritária para a manutenção da “ordem pública” pela via da polícia administrativa, como refere Erichsen ²²; de outro lado, tinha-se que a própria lei, seguindo a compreensão moderno-iluminista então em voga, “não atendia à intenção de estabelecer a teleologia de um programa identificado politicamente, senão que tratava de assegurar os requisitos necessários às relações entre os indivíduos e tutelar os direitos individuais, como a propriedade privada e a liberdade”, conforme aponta Plínio Saraiva Melgaré²³.

Este quadro jurídico-político-institucional, tomado como modelo ideal que subsequente influenciará de modo decisivo na elaboração da dogmática do Estado de Direito (entendido em sua acepção “clássica”), baseou-se na concepção liberal segundo a qual o abstencionismo estatal, fundado na separação radical entre Estado (autoridade pública organizada) e sociedade (espaço da prosequção dos interesses particulares dos indivíduos) seriam garantia por excelência das liberdades individuais, entendidas em seu sentido formal, como afastamento de obstáculos ou

²⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e Direito*. 2ª ed. rev. e ampl., RT, São Paulo, 1995.

²¹ SILVA, Vasco Pereira da. “Em busca do Acto Administrativo Perdido”. Livraria Almedina, Coimbra, 1998

²² SILVA, Vasco Pereira da. “Em busca do Acto Administrativo Perdido”. Livraria Almedina, Coimbra, 1998.

²³ MELGARÉ, Plínio Saraiva. *Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista*, in Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra. Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

coações externas à ação individual²⁴; demarcando aquela divisão, surge a figura da lei como ordem geral e abstrata, de modo que “a nota central deste Estado Liberal de Direito apresenta-se como uma limitação jurídico-geral negativa, ou seja, como garantia dos indivíduos-cidadãos frente à eventual atuação do Estado, impeditiva ou constrangedora de sua ação cotidiana”²⁵, mas não apenas isso, pois considerando-se todos os homens como livres e iguais *a priori* e como titulares de direitos originários dotados de um suposto “caráter pré-social”²⁶ e a-histórico, cujo exercício teria por base suficiente a manutenção de uma ordem “espontânea” das relações sociais, tem-se que toda e qualquer atuação do Estado (independentemente do seu caráter específico) passa a ser vista como (ao menos potencialmente) agressiva à liberdade.

Nesse contexto, a fiel observância da lei editada pelo Parlamento, sua afirmação como fonte única de produção normativa (justificada, na concepção clássica, como “expressão da vontade geral”)²⁷ e a legalidade administrativa em particular - em sua acepção de vinculação estrita à lei formal - aparece como instrumento técnico predisposto à garantia da liberdade individual, na medida em que reafirmava a separação entre Estado e Sociedade Civil, concebidos como sistemas distintos e autônomos entre si, como lembra Parejo Alfonso. Nesse sentido, são dignas de nota as considerações de Vasco Pereira da Silva²⁸:

“Um dos fenômenos teorizados pela referida doutrina do Estado de Direito é o que diz respeito à lei. Lei, essa, entendida e teorizada no quadro do modelo liberal de Estado. Caracterizando, em traços largos, essa forma de relacionamento entre a sociedade e o poder, há que ter em conta que, ‘de acordo com a concepção liberal, o problema da liberdade individual colocava-se, sobretudo, em face do Estado, sendo a não-intervenção

²⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Malheiros, 1999. p. 234-235.

²⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. Do Direito Social aos Interesses Transindividuais, p. 70.

²⁶ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 162

²⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo, São Paulo, RT, 2000. p. 45-48

²⁸ SILVA, Vasco Pereira da. “Em busca do Acto Administrativo Perdido”. Livraria Almedina, Coimbra, 1998.

deste e a separação radical entre Estado e sociedade a melhor garantia da liberdade política”.

No quadro desse modelo, lembra o autor:

“O Estado encontrava-se numa posição de superioridade, actuando através da lei geral e abstrata e não intervindo, ou intervindo o ‘mínimo’, na vida da sociedade. A sociedade era a sociedade burguesa, que se entendia estar representada no Parlamento, eleito por sufrágio censitário. A liberdade identificava-se com a liberdade da burguesia e era concebida em termos de extremas, como a propriedade (“a minha liberdade termina onde começa a liberdade do outro”); a solidariedade era vista como problema da sociedade e não do Estado, o qual se devia limitar a permitir que fosse a sociedade a segregar as suas próprias formas de solidariedade”²⁹.

Esse esquema de separação e absentéismo veio a descrever sua forma particular de legalidade, à qual emprestou seus pressupostos e limites.

1.4 LEGALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO SOB A CONCEPÇÃO LIBERAL-POSITIVISTA: O LEGALISMO REDUCIONISTA

Nesse contexto ideológico-jurídico liberal, a lei, garantia suficiente da liberdade formal e abstrata, era considerada expressão da “vontade geral” da nação através da representação parlamentar (o que servirá de justificativa à identificação entre Direito, Estado e Lei) , veiculando um conteúdo ditado pela razão universal, o que a faria, automaticamente, reta e justa, ao mesmo tempo em que “não passava de regra jurídica delimitadora da esfera livre de atividade das pessoas nas suas relações recíprocas”, como lembra Canotilho³⁰, de modo que não se concebia qualquer possibilidade de determinação das relações sociais por uma regulação jurídica que pudesse se assumir como tal, isto é, como atividade contingente que, ao invés de simplesmente assegurar a “ordem natural das coisas”, significasse um fenômeno de efeito decisivo sobre a conformação da vida em sociedade.

Neste quadro de uma sociedade supostamente “livre” e um Estado

²⁹ SILVA, Vasco Pereira da, Op. Cit.

³⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin, Op. Cit., p. 59.

supostamente inerte, delimitados enquanto sistemas distintos e autônomos pela lei, concebida como encarnação da razão reta e justa, é que podemos encontrar a origem da dupla forma da legalidade, que para o particular significará a “liberdade de agir” na prossecução de seus negócios privados, limitada apenas, externamente, pela lei, ao passo que para o Estado (ressalvando-se a esfera do poder político, em que se encontra a prerrogativa de produção da lei e, portanto, do Direito), restava a tarefa de mera execução dos comandos legais, compreendida essa relação de legalidade não como um desenvolvimento ulterior do conteúdo da lei, mas como uma *verificação* da proibição ou da autorização legal; no âmbito da Administração Pública, isto implicaria seu “encarceramento” no desempenho da “tarefa mecânica e heterocondicionada de realização da vontade do Estado manifestada sob a forma de lei”³¹, através da prática de atos concretos de comando de forma automática.

Se esta relação supostamente automática de legalidade, a que se mostra funcional uma postura decisória silogístico-subsuntiva das normas³², significava assim uma redução da atividade jurídico-administrativa à prática de atos “cujo conteúdo seja conforme a uma hipótese abstrata fixada explicitamente por norma legislativa”, conforme refere Odete Medauar³³, também significava que, para além das normas expressamente consignadas em lei formal (à qual se reduzira o Direito, em face do seu duplo caráter de “expressão da vontade geral” e garantia de “segurança jurídica”), tem-se um quadro em que fica patente a dificuldade em se encontrar outras fontes de vinculação jurídica a que se possa submeter a Administração Pública. De fato, como alerta Carmen Lúcia Antunes Rocha, “em sua primeira afirmação de conteúdo, o princípio da legalidade administrativa era entendido como a obrigatoriedade de adequação entre um ato da Administração Pública e uma previsão legal na qual ele

³¹ SILVA, Vasco Pereira da, Op. Cit.

³² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A Concepção Pós-Positivista do Princípio da Legalidade*. In: *Revista de Direito Administrativo* nº 236 (Abr./Jun. 2004). Rio de Janeiro, Renovar, 2004. p. 53

³³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A Concepção Pós-Positivista do Princípio da Legalidade*. In: *Revista de Direito Administrativo* nº 236 (Abr./Jun. 2004). Rio de Janeiro, Renovar, 2004. p. 52

tivesse a sua fonte”³⁴.

Tratava-se, portanto, de uma aposta do liberalismo e do positivismo (matrizes ideológicas de influência crucial para a configuração clássica da noção de legalidade) na importância e valor da lei, reduzindo o Direito à lei, em busca de “proteção para o cidadão e de um fundamento seguro de observação para a ciência”, nas palavras de Sabino Cassese³⁵.

Neste contexto, formula-se o axioma segundo o qual a atividade da Administração consistiria em “mera execução” da lei, a qual, na concepção então vigente, se bastaria como corolário dos imperativos de racionalização, secularização, impessoalização e limitação do poder do Estado: nesse sentido, observa Plínio Saraiva Melgaré que “o moderno e racional direito natural valeu-se do direito legislado para sua expressão e acabou sendo absorvido por este. Corolário de tal processo é a absoluta constituição do direito pela expressão da *voluntas* legislativa”.

De outro lado, adverte J.J. Gomes Canotilho que, se a ideia moderna de legalidade inicialmente foi reivindicada como elemento essencial do Estado de Direito, quando este significava primordialmente um conceito de luta política anti-absolutista, e como tal, indissociável da ideia de realização da justiça como fim primário do poder estatal, posteriormente, a influência decisiva do positivismo jurídico-estatal, a partir de meados do Século XIX, virá esvaziar a materialidade política desta concepção, formulando a ideia de um Estado de Direito meramente formal, a qual, segundo o mesmo autor, chegou a reduzir-se à legalidade da administração, identificando-se com esta. Para tal concepção juspositivista, “não o fim e o conteúdo, mas apenas a *forma* do exercício do poder deve ser determinada pelo Direito”³⁶.

³⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Livraria Del Rey editora, Belo Horizonte, 1994. p. 79.

³⁵ SILVA, Vasco Pereira da, Op. Cit., p. 61.

³⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional, 5ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1991. p.355.

Este Estado de Direito formal, baseado sobretudo numa noção de legalidade da administração concebida de maneira totalmente desvinculada da consideração de quaisquer fins orientadores do Estado (prescindindo, portanto, da imperatividade de princípios materiais), configurava igualmente, na realidade prática, um Estado absenteísta, cumprindo, entre outras funções, a de assegurar, no interesse da burguesia, a distribuição conservadora dos bens existentes (traduzidos em institutos como a propriedade privada, o contrato, a liberdade de profissão e de empresa), não permitindo sua inversão no sentido de fins sociais³⁷.

1.5 O ESGOTAMENTO DO ESTADO LIBERAL, A CRISE DA LEI E O PROBLEMA DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

De tudo quanto até aqui exposto, podemos vislumbrar que a idéia de uma legalidade administrativa centrada exclusivamente na lei, compreendida como ato formal do poder legislativo, se mostra como conceito instrumental à formulação de um Estado absenteísta, em que a interdependência entre atividade administrativa e realidade social não se colocava como problema juridicamente relevante. Sob esta ótica, a idéia de Administração como “execução da lei” não passa pela necessidade de se enfrentar o problema da concretização das normas jurídicas no exercício da atividade administrativa, tendo em vista que esta podia então ser concebida como aplicação automática de comandos legais isolados, na medida em que as funções do Estado-Administração fossem simples e reduzidas, sem que sua atuação estivesse juridicamente referida a uma miríade de necessidades sociais.

Disto parece resultar a ênfase doutrinária numa concepção estrita de “ato administrativo” e o relativo esquecimento da produção normativa da Administração Pública.

³⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional, 5ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1991. p.355.

Contudo, o esgotamento do Estado Liberal, resultante dos desenvolvimentos posteriores sofridos pelas sociedades nacionais capitalistas a partir da generalização e intensificação dos efeitos da economia industrial, passando por sucessivas reacomodações ao longo do Século XX, veio a compelir o Estado a assumir novas e diferenciadas funções, reagindo a fenômenos tais como a incapacidade de auto-regulação dos mercados³⁸, a concentração econômica³⁹, a desestruturação dos modos de vida tradicionais, a crescente dependência humana em face das tecnologias em desenvolvimento, o influxo de modificações na composição da esfera pública⁴⁰, o acirramento da conflitualidade social e das lutas políticas que lhe são inerentes (notadamente expressos nas reivindicações da classe operária e nas revoluções socialistas)⁴¹, com o conseqüente aparecimento da “questão social”⁴², e assim em diante.

Este conjunto de fenômenos engendra a emergência do que a doutrina denomina um “Estado Social”, que gradualmente assiste a um crescimento quantitativo e qualitativo de suas funções e tarefas⁴³, efetivas ou pretendidas. Este Estado de novo tipo vem a se formar, no decorrer do Século XX, caracterizado por uma intervenção crescente no domínio econômico-social, assumindo de modo crescente a tarefa de regulação das relações de trabalho, tomando para si a tarefa de uma intervenção generalizada no funcionamento da economia, e vendo-se obrigado a prover uma multiplicidade de prestações ao conjunto da sociedade e aos seus membros⁴⁴.

38 GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 7ª ed., rev. e atualizada, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 15.

39 CLÈVE, Clèmerson., *Op. Cit.*, p. 41

40 MIAILLE, Michel. *Crisis del Derecho y Hegemonía. A Propósito del Derecho Público*. In: *Crítica Jurídica* nº 6. UAP, Puebla, 1987. p. 36.

41 CLÈVE, Clèmerson, *Op. Cit.*, p. 41.

42 PEREIRA DA SILVA, Vasco, *Op. Cit.*, p. 71.

⁴³ *Idem*, p.73.

⁴⁴ SILVA, Vasco Pereira da, *Op. Cit.*, p.73.

Como consequência deste novo “tipo ideal” de Estado, alterado em sua forma e, sobretudo, ampliado, renovado e diversificado em suas funções, presentes ou pleiteadas, a Administração Pública passa também a ampliar-se e assumir novos papéis, sofrendo uma dupla expansão na sua organização e em seus campos de atividade⁴⁵, na mesma medida em que o Estado assiste ao aumento da intensidade das suas funções tradicionais e o surgimento de novas tarefas nos domínios econômicos e sociais; neste quadro, a Administração vem a figurar como “centro” da atividade estatal, pois passa a ser caracterizada “como o principal instrumento de realização das novas funções e de satisfação das novas necessidades que são, agora, atribuídas ao Estado”⁴⁶, ao mesmo tempo em que se verifica a exacerbação da dependência do indivíduo relativamente aos poderes públicos, em face de fenômenos como a industrialização ou o urbanismo, a tal ponto que Forsthoff chegou a afirmar que “as pessoas de hoje vivem sob formas de existência artificiais”, de modo que a dependência do cidadão em face da Administração torna-se mais intensa, duradoura e abrangente⁴⁷. As considerações esclarecedoras de Forsthoff nesse sentido são lembradas por Clèmerson Clève⁴⁸:

“Forsthoff anota que, em período recente, o homem possuía domínio sobre um espaço vital. Suas necessidades básicas poderiam ser satisfeitas nesse espaço que garantia a intimidade, oferecia alimento e água, produzia o insumo para a produção de energia. Esse quadro é impossível de se realizar na sociedade contemporânea, que estabeleceu um modo insuperável de relação de dependência entre os indivíduos e entre estes e o Estado. O indivíduo necessita do Estado para tudo: para o suprimento de energia elétrica, de água, para o programa de habitação, emprego, política salarial, transporte, saúde, previdência, educação”.

Por outro lado, o advento do Estado Social se apresenta associado a um novo tipo de Constituição e de constitucionalismo, pois, à medida em que toma corpo a

⁴⁵ MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em Evolução. São Paulo, RT, 1992. 2ª edição. p. 126.

⁴⁶ SILVA, Vasco Pereira da., Op. Cit., p. 74.

⁴⁷ Idem, p. 74-75.

⁴⁸ CLÈVE, Clèmerson, Op. Cit., p. 43.

percepção de que as sociedades contemporâneas “exigem uma crescente intervenção, direcção e conformação através do Estado”, surge “o impulso dado ao princípio do Estado de Direito no sentido da socialidade”⁴⁹, com a ampliação do conteúdo da Constituição, que deixa de tratar tão-somente dos aspectos de estrutura e organização do Estado e da enunciação dos direitos e garantias individuais, passando a ter por objeto, na formulação de José Afonso da Silva, “estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio-econômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais”, de modo a tentar abarcar uma multiplicidade de instituições econômicas, jurídicas, políticas e sociais na unidade de uma “lei fundamental”⁵⁰, cujo conteúdo se mostra ampliado de modo a incorporar os influxos de seu momento histórico. As Constituições do Estado Social são marcadas por esta operação, tendo sua configuração sujeita a um jogo de tendências heterogêneas e divergentes, de que resultam como expressão de um compromisso ideológico instável, dando lugar ao carácter polêmico e dinâmico de seu conteúdo⁵¹.

Paralelamente, “o colapso da sociedade oitocentista e a implantação de uma nova ordem social exigiram uma nova estrutura de direitos fundamentais, não mais assentada no puro individualismo que caracterizou o modelo anterior”, como refere Marcos Augusto Maliska⁵², de modo que o Século XX é também caracterizado pelo surgimento de direitos fundamentais prestacionais, que reclamam uma atuação positiva do Estado.

⁴⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional, 5ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1991. p. 391-393.

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Malheiros, 1999. p. 45.

⁵¹ BONAVIDES, Curso de Direito Constitucional. 13ª ed., rev. e atualizada, 2ª tiragem. São Paulo, Malheiros, 2003. p. 231-232.

⁵² MALISKA, Marcos Augusto, O Direito à Educação e a Constituição, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris editora, 2001. p. 41.

Simultaneamente, a lei, originalmente considerada “expressão da vontade geral” e fonte exclusiva de proteção aos interesses individuais, também muda de perfil⁵³, sofrendo um processo de instrumentalização e politização⁵⁴, requeridas pelo progressivo papel intervencionista do Estado Social, na medida em que há uma invasão, pelo Direito, de todos os domínios da vida social, e em que a Administração Pública passa a caracterizar-se como “Administração constitutiva”, ou seja, como atividade socialmente conformadora⁵⁵ através da proliferação de múltiplos controles e prestações sobre diversos campos de atuação⁵⁶. Na medida em que o Estado deixa de ser concebido como mero garante das liberdades individuais e passa a se apresentar claramente como entidade atuante na ordem social, a lei passa a se revelar nitidamente como veículo de uma vontade política contingente⁵⁷, sujeita ao influxo do embate ideológico, assumindo caráter polêmico e dessacralizado, o que inviabiliza a continuidade de sua representação como “expressão da vontade geral” ou da razão universal⁵⁸, e a torna multi-funcionalizada, assumindo um caráter de nítida instrumentalidade⁵⁹.

Se assim a lei assiste ao comprometimento definitivo da sua pretendida função de garantia da liberdade, radicada no papel de simples enquadramento automático da atuação estatal a um limite negativo que serviria como impedimento à intromissão dos poderes públicos no exercício das liberdades exteriores dos indivíduos, aquela função de “garantia da liberdade”, isto é, de garantia dos direitos dos cidadãos, da racionalidade e da juridicidade do agir estatal, tem de se deslocar

⁵³ CLÈVE, Clèmerson, Op. Cit., p. 49.

⁵⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito, Coimbra, Coimbra Editora, 1987. p. 215.

⁵⁵ Idem, ibidem.

⁵⁶ SILVA, Vasco Pereira da., Op. Cit., p. 73.

⁵⁷ MELGARÉ, Plínio Saraiva, Op. Cit., p. 52.

⁵⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin, Op. Cit., p. 50.

⁵⁹ MELGARÉ, Plínio, Op. Cit., p. 52.

para a Constituição⁶⁰.

Neste contexto, a legalidade da Administração, em seu sentido clássico de simples subordinação à lei formal, mostra-se claramente insuficiente para cumprir o papel de instância central de controle jurídico do agir administrativo, tendo em vista que este apenas poderia ser-lhe atribuído no quadro da concepção Estado de Direito liberal, tendo em vista que, como lembra Plínio Saraiva Melgaré,

“A preocupação social da época encontrava base numa pretensão de asseguramento dos interesses individuais. Se tais interesses emanavam das leis oriundas do órgão legislativo, exigia-se a sujeição da Administração Pública à lei, porquanto, apenas por essa sujeição, os direitos individuais encontrar-se-iam protegidos, Estávamos diante de um ente estatal não-intervencionista, garantidor da coexistência das liberdades exteriores dos indivíduos. Um Estado de direito – e direito compreendido como legislação – liberal, formalmente concebido, onde há o império da lei, representando a vontade geral, divisão tripartida de poderes, a actuação executivo-administrativa em conformidade com o estabelecido pela legislação, e a garantia dos direitos e liberdades individuais”.

Desse modo, com a ampliação das funções do Estado e, notadamente, da Administração; com a chamada “crise da lei”, e com o surgimento de um constitucionalismo de novo tipo, o princípio da legalidade terá de assumir um caráter mais amplo, traduzindo-se no princípio de legalidade administrativa como submissão da Administração ao Direito.

Ademais, como esta legalidade não pode mais se fundar na exigência liberal de uma “barreira” entre a autoridade estatal absenteísta e a “ordem espontânea” das relações sócio-econômicas de uma sociedade civil pretensamente auto-suficiente, impõe-se a necessidade de uma nova fundamentação que permita resgatar à legalidade administrativa o seu duplo caráter de garantia contra os excessos, desvios e abusos no exercício dos poderes públicos e de sua pertinência a um interesse justificante e impessoal. Esta fundamentação pode ser construída, inclusive, a partir do recurso à noção de *função pública*.

Para que o juízo de legalidade assuma um sentido mais amplo, que permita, simultaneamente, satisfazer as condições de objetividade de apreciação, e as de

⁶⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin, Op. Cit., p. 55.

avaliação eficaz da adequação do agir do poder público a padrões jurídicos que lhe imponham exigências de fundamentação, conteúdo, limitação e orientação racionais e eticamente passíveis de referenciação, faz-se necessário que se busque seu cerne na Constituição, compreendida como núcleo de condensação dos princípios fundamentais estruturantes⁶¹ de um sistema jurídico, dotados de uma eficácia irradiante⁶² que permite conferir sentido lógico e axiológico ao raciocínio jurídico, em face de seu caráter sintético e fundante e da sua presencialidade normativa, de modo que não se pode olvidar que a unidade e coerência de um determinado Direito repousam precisamente sobre os seus princípios⁶³, dotados de normatividade própria.

Destaque-se, a esta altura, a formulação doutrinária de que os princípios fundamentais, sem com isso perder a sua virtualidade constitutiva⁶⁴ (afirmando conteúdos e premissas materiais⁶⁵, exigindo sua realização⁶⁶ e permitindo novos desenvolvimentos e especificações, a partir do reconhecimento de sua abertura e pluralidade de concretizações⁶⁷), recebem também especificações concretas através de “subprincípios”⁶⁸ que incluem a definição de fins e objetivos⁶⁹ a que se devem vincular as políticas públicas⁷⁰ e estabelecem as suas premissas materiais fundantes⁷¹,

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Op. Cit., p. 345.

⁶² BONAVIDES, Paulo, Op. Cit., p. 287.

⁶³ GRAU, Eros, Op. Cit., p. 199.

⁶⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, Direito Constitucional, 5ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1991, p. 345.

⁶⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.), Canotilho e a Constituição Dirigente, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p.21.

⁶⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes, Op. Cit., p. 534.

⁶⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes, Op. Cit., p. 349.

⁶⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes, Op. Cit., p. 345.

⁶⁹ BERCOVICI, Gilberto. *A Problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*. In: Revista de Informação Legislativa, ano 36, nº 142 (Abr./Jun. 1999). Brasília, Senado Federal, 1999.

⁷⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari, Direito Administrativo e Políticas Públicas, São Paulo, 2001.

⁷¹ CANOTILHO, J.J. Gomes, Op. Cit..

impondo-lhes como tarefas⁷² e sujeitando-as à fundamentação constitucional⁷³.

Os princípios jurídicos, na formulação de Karl Larenz⁷⁴, seriam os pensamentos diretivos de uma regulação existente ou possível que, como primeiro passo na sua consecução, podem justificar decisões, cumprindo uma *função positiva*, consistente no influxo que exercem sobre o seu conteúdo, e uma *função negativa* consistente na exclusão de normas e valores a eles contrapostos⁷⁵.

Nesse sentido, uma vez reconhecido ou afirmado, no contexto do constitucionalismo social, um nexo de interdependência entre as noções de Estado de Direito e direitos fundamentais⁷⁶, esses passariam a apresentar-se, além de “garantias negativas dos interesses individuais”, como “um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos”⁷⁷ e, portanto, como princípios fundamentais.

Desde essas premissas, pode-se tomar, como elemento central para a formação do juízo de legalidade, os direitos fundamentais, adequadamente considerados em sua historicidade⁷⁸, como reflexo de carecimentos objetivos, interesses vitais e necessidades humanas que neles se traduzem, por meio “das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem”⁷⁹, uma vez que “os direitos fundamentais não são valores imutáveis nem trans-históricos, mas aquisições humanas incorporadas de maneira imanente ao pacto de socialidade, que o modelo democrático e a forma

⁷² BERCOVICI, Gilberto. Op. Cit.

⁷³ BERCOVICI, Gilberto, op. Cit.

⁷⁴ LARENZ, Karl, *apud* GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 7ª ed., rev. e atualizada, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 109

⁷⁵ Idem, Ibidem.

⁷⁶ PEREZ LUÑO, Antonio, Los derechos Fundamentales, 3ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1988.

⁷⁷ PEREZ LUÑO, Antonio, Op. Cit.

⁷⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Malheiros, 1999, p.185

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro, ed. Campus, 1992.

histórica do Estado de Direito impõem”⁸⁰, e que podem apontar no sentido da “realização histórica da pessoa humana”⁸¹.

Por fim, e no mesmo sentido, cabe registrar que também os princípios constitucionais, em seu conjunto, são construções históricas, “incorporadas ao Estado de Direito e ao funcionamento de uma sociedade democrática”⁸².

A partir de tais indicações, parece factível a possibilidade de afirmar construtivamente, desde que corretamente percebidas e avaliadas as tendências reais do presente histórico⁸³, uma compreensão ampla do princípio de legalidade.

⁸⁰ CÁRCOVA, Carlos Maria, Direito, Política e Magistratura, São Paulo, LTr, 1996, p. 209.

⁸¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.), Canotilho e a Constituição Dirigente, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p.41.

⁸² CÁRCOVA, Carlos Maria, Direito, Política e Magistratura, São Paulo, LTr, 1996, p. 209.

⁸³ HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1991.

CAPÍTULO 2 - ATOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS: CONCEITUAÇÃO E CARACTERÍSTICAS

2.1 OBSERVAÇÕES SOBRE A RELATIVIDADE E OPERACIONALIDADE DE UMA CONCEITUAÇÃO

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao discorrer sobre o conceito de “ato administrativo”, adverte que, devido ao caráter teórico de tal conceito, que não se prende a uma definição legal que o determine, estabelecendo decisivamente quantos e quais sejam seus traços característicos, de modo que ocorre, quanto ao objeto uma “relativa liberdade de conceituação”, a fim de se identificar um conjunto de situações ou realidades caracterizadas por sua sujeição a uma disciplina jurídica comum. Esta aglutinação de elementos assemelhados por sua submissão a um regime jurídico comum representa, para o autor, a função dos conceitos jurídicos em geral. Por isso, a formulação do conceito de ato administrativo – assim como a de quaisquer outros conceitos jurídicos “que não foram antecipadamente elaborados pela lei como produto pronto e acabado” – haverá de nortear-se por um critério de “operatividade” ou “funcionalidade”, e não pela procura de um conceito “verdadeiro”, de validade universal, excludente de qualquer outro conceito divergente em sua formulação ou âmbito de abrangência⁸⁴.

Desse modo, o conceito consistiria em operação lógica cujo produto é variável, uma vez que este depende da quantidade de traços comuns entre os atos (“propriedades imputadas ao objeto”), previamente selecionados pelo jurista como necessários e suficientes para caracterizar a figura tipológica do ato administrativo; depende, igualmente, do próprio critério eleito pelo jurista para sua formulação, tendo por base os critérios que considera relevantes para referir aquele conjunto de atos a

⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 15ª edição. São Paulo, Malheiros, 2003. p. 343-350.

uma disciplina jurídica comum, em função dos fins a que o estudioso se propõe.

A funcionalidade do processo lógico de conceituação a determinados fins propostos é bem explicada pela contribuição teórica de Perelman e Olbrechts-Tyteca⁸⁵, em seu clássico tratado de lógica; advertem estes autores que “o fato de selecionar certos elementos e de apresentá-los ao auditório já implica a importância e a pertinência deles no debate”, e agrega-se às condições de sua apresentação para tornar um objeto presente à consciência do ouvinte, de modo que “toda argumentação supõe, portanto, uma escolha, que consiste não só na seleção dos elementos que são utilizados, mas também na técnica de apresentação destes”; subseqüentemente, os dados argumentativos são interpretados (isto é, referidos a um significado) e enfim, qualificados, mediante a valorização de certos aspectos seus (selecionados pelo orador), com vistas à sua inserção numa classe de objetos, pelo que se observa que “as classes são caracterizadas não só por características comuns aos seus membros, mas ainda, e as vezes sobretudo, pela atitude adotada a seu respeito, pela maneira de julgá-las e tratá-las”. Por fim, a qualificação dos dados e sua inserção nas classes constituem os dois aspectos da atividade de aplicação das noções ao objeto do discurso⁸⁶.

Como se trata, portanto, de uma operação seletiva, ressalta o caráter *operacional e variável* dos conceitos jurídico-doutrinários, tal como é o conceito de ato administrativo, do que Celso Antônio Bandeira de Mello infere, ainda, o que denomina de *historicidade* dos conceitos jurídicos, significando que estes são formulados com base em indicações colhidas um determinado sistema jurídico, e a partir do ponto convencionado em algum instante histórico; como as palavras, contudo, são “rótulos convencionais” cujo uso é variável, o conceito, por razões múltiplas, vai se afastando do seu significado originalmente estável, o que também

⁸⁵ PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da Argumentação: a nova retórica, 1ª ed., 4ª tiragem. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

⁸⁶ Op. Cit., pp.131-160.

impede que se pretenda sua universalização⁸⁷.

2.2 DELIMITAÇÃO "CLÁSSICA" DO ATO ADMINISTRATIVO E SEUS "VÍCIOS DE ORIGEM"

Com efeito, sabemos que, a princípio, a noção de “ato administrativo”, em sua origem francesa serve, numa primeira fase, “para delimitar as acções da Administração Pública excluídas por lei da fiscalização dos tribunais judiciais”⁸⁸, conforme leciona Diogo Freitas do Amaral. Por sua vez, Michel Stassinopoulos registra que o termo teria sido utilizado pela primeira vez na lei “*du 16 fructidor, na III*”, editada em 3 de Setembro de 1795, que proibia aos tribunais de conhecer “dos atos de administração de qualquer espécie”⁸⁹.

Esta afirmação da “impermeabilidade” jurídica da Administração em face do controle jurisdicional, consagrada pela Revolução Francesa, é descrita por Vasco Pereira da Silva como o resultado de um “compromisso liberal-autoritário” subjacente à formação do Estado liberal, que o publicista espanhol Santamaria Pastor explica como “uma contradição entre princípios e interesses, entre dogmas e realidades relativas à configuração do Estado que deveria resultar, em definitivo, do processo revolucionário”: ao mesmo tempo em que os grandes princípios enunciados pela revolução (tais como a própria separação de poderes e a legalidade) preconizavam a garantia das liberdades dos cidadãos contra a autoridade estatal, “o interesse da nova classe dominante e a própria dinâmica do processo político (...) dão à luz um poder muito mais forte e temível que o do Estado absoluto”. Por um lado, as técnicas autoritárias herdadas do *Anciën Regime* se mostram úteis a uma Administração “racional e centralizada”, que permitisse a formação de um mercado nacional, eliminando as disparidades regionais e os resquícios do feudalismo, e ao mesmo tempo

⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 15ª edição. São Paulo, Malheiros, 2003. p. 343.

⁸⁸ SILVA, Vasco Pereira da, Op. Cit., p. 44-45.

⁸⁹ MALACHINI, Edson Ribas. Ato Administrativo, Curitiba, Juruá, 1990, p. 14.

suficientemente “robusta e enérgica” para proceder à criação das infra-estruturas e serviços necessários para a potenciação da atividade econômica e, ainda a instauração de uma “ordem pública vigorosa”⁹⁰.

Nesse contexto, portanto, a Administração Pública era vista como o poder do Estado encarregado da “nobre missão” de “apagar as distinções de classes, de costumes e quase de nacionalidades que o poder real não tinha podido fazer desaparecer”, ao mesmo tempo em que a Justiça se mostrava como o poder identificado com o estamento da nobreza, cuja interferência seria indesejável, mesmo porque se conhecia a força do uso, pelos tribunais (ou “parlamentos”) anteriores à revolução, dos instrumentos de que então dispunham para o controle e limitação da atuação do Rei. A imunidade jurídica do Executivo era então justificada por uma determinada concepção do princípio da separação de poderes, que encontrava suporte na doutrina de Montesquieu, para quem o poder judicial seria aquele pelo qual o Estado “pune os crimes ou julga os diferendos dos particulares”, não abrangendo, portanto, os litígios administrativos.

Com o desenvolvimento ulterior a esta primeira fase do Estado Liberal, ocorre uma gradual jurisdicionalização do “contencioso administrativo” francês, originalmente interior à hierarquia administrativa, cuja competência era delimitada pela noção de “ato administrativo”. Desse modo, com a progressiva formação de órgãos de controle dotados de uma certa autonomia, o conceito passa a definir “as atuações da Administração Pública sujeitas ao controle dos tribunais administrativos”⁹¹, passando a ser identificado como instrumento de garantia dos particulares.

Aqui se opera, portanto, uma modificação no sistema jurídico, que dá lugar a um novo significado para a noção de ato administrativo.

Esta evolução, contudo, se passou ainda no contexto da Administração

⁹⁰ SILVA, Vasco Pereira da. Op. Cit., p. 38-43.

⁹¹ SILVA, Vasco Pereira da. Op. Cit.

Pública Liberal, caracterizada sobretudo, como lembra Carmen Lúcia Antunes Rocha⁹², pela

“restrição do comportamento administrativo do Estado ao serviço de policiamento dos indivíduos, de tal modo que não se permitisse a investida formal de ilegalidades de uns contra outros indivíduos, abstendo-se, contudo, o Estado de qualquer interferência efetiva nas relações sociais, trabalhistas, econômicas principalmente, que mais era vista como indevida intromissão entre os indivíduos, os quais, na concepção então vigente, eram suficientes e cientes de seus direitos e utilizava-os segundo a sua vontade e conveniência”.

Desse modo, caracteriza-se o “Estado de Polícia” que, como adverte a mesma autora, não corresponde a um período delimitado na história do Estado constitucional, mas a uma expressão própria da doutrina administrativista, que designa o modelo administrativo liberal.

Ademais, o ato administrativo, concebido em função do seu controle jurisdicional, nem por isso perde a característica, até hoje reafirmada, de “afirmação do momento de autoridade; porque executa a lei, incide unilateral e imediatamente sobre situações subjetivas de particulares”, conforme refere Odete Medauar, citando Mario Nigro⁹³. Aqui se explicita uma acepção estrita do ato administrativo, caracterizado como ato individual e concreto, aspecto comumente enfatizado nas suas conceituações doutrinárias.

Neste sentido, é clássica, por exemplo, a definição de OTTO MAYER, para quem o ato administrativo é “a manifestação autoritária que determina o direito aplicável ao súdito no caso concreto”, definição que toma por modelo a sentença judicial, que Mayer considera assemelhada ao ato administrativo em seus caracteres fundamentais, por expressarem ambos “o modo como o poder público se torna eficaz”. Trata-se de uma acepção marcada pelos traços que Vasco Pereira da Silva aponta

⁹² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Livraria Del Rey editora, Belo Horizonte, 1994.

⁹³ MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em Evolução. São Paulo, RT, 1992. 2ª edição. p. 193.

como característicos do modo de atuação da Administração Pública do Estado Liberal: “associada à idéia liberal de que a actividade administrativa deveria ser reduzida ao mínimo, andava o entendimento da Administração como realidade agressiva dos direitos dos particulares actuando através de meios autoritários”. Neste sentido, o modo “normal” de atuação da atividade administrativa, que constituía seu fulcro, era o ato administrativo concebido como manifestação de autoridade em face de um indivíduo em episódios pontuais, expressando uma intervenção potencialmente agressiva aos direitos dos particulares: o ato administrativo era visto como “uma manifestação autoritária do poder estadual relativamente a um particular determinado”, o que de resto era adequado ao modo atuação *intermitente* do “Estado de Polícia”, como refere Erichsen: “o Estado liberal do século XIX, dirigido em primeira linha ao policiamento dos acontecimentos sociais, podia realizar os seus fins predominantemente – quando não exclusivamente – através da iniciativa pontual da Administração”⁹⁴.

Fica claro, contudo, que com o esgotamento do Estado Liberal, e o subsequente fenómeno da multiplicação e incremento quantitativo e qualitativo das funções e tarefas do Estado em face das relações económicas e sociais, provocado pelos desenvolvimentos ulteriores do capitalismo, a atividade administrativa complexifica-se, inclusive nas suas formas de expressão jurídica, sem que se possa abarcar sua atuação tão-somente sob o modelo conceitual de uma intervenção intermitente e pontual, de carácter “agressivo”, no caso concreto, em face de um particular determinado, o que implica considerar os atos jurídicos praticados no interior da pessoa jurídica estatal como atos juridicamente irrelevantes. Basicamente por esta razão, a doutrina europeia diagnostica uma situação de “crise” da dogmática do Direito Administrativo, construída a partir das matrizes clássicas, tendo o ato administrativo como seu conceito central.

Não obstante, a noção de “ato administrativo” ainda segue sendo

⁹⁴ SILVA, Vasco Pereira da, Op. Cit., p. 43-71.

amplamente adotada, sobretudo na doutrina brasileira, de algum modo fiel às matrizes clássicas. Postas estas observações, e não cabendo prosseguir aqui no exame das diversas tendências de reformulação teórica e dogmática do Direito Administrativo, sobretudo no meio acadêmico europeu, resta apenas ressaltar o caráter meramente operacional dos conceitos formulados.

2.3 ATOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS: SUA CARACTERIZAÇÃO E AS EXIGÊNCIAS DA JURIDICIDADE

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a particularização do conceito de “ato administrativo” como algo distinto das demais categorias de ato jurídico (que o autor define como “declaração que produz efeitos jurídicos”, distinto do fato jurídico por consistir numa “dicção prescritiva de direito” sobre uma certa coisa ou situação) justifica-se na identificação de suas peculiaridades sob dois aspectos: “no que concerne às *condições de sua válida produção*”, e “no que atina à *eficácia que lhe é própria*”. Desta necessidade de particularização o autor virá inferir, posteriormente, a necessidade de se estabelecer um conceito de ato administrativo “em sentido amplo” e outro “em sentido estrito”. Quanto ao primeiro (“sentido amplo”), decorre do critério básico adotado pelo autor para sua conceituação, que é o da necessidade de sua individualização em face dos atos de direito privado, por um lado, e dos atos típicos dos Poderes Legislativo e Judiciário, por outro (lei e sentença).

Com base em tal critério, chega-se ao conceito de ato administrativo como “*declaração do Estado, (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional*”⁹⁵. Enquanto noção de ato administrativo em sentido amplo, explica o autor, abrange,

⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 15ª edição. São Paulo, Malheiros, 2003. p. 352.

além dos atos convencionais, os “atos gerais e abstratos, como costumam ser os regulamentos, as instruções (e muitas resoluções) (...)”. Particularmente interessante, para os fins do presente trabalho, é a distinção feita pelo autor entre estes atos e a lei: são atos que devem guardar com ela uma relação de complementariedade, e cujas prescrições devem produzir-se “a título de lhe dar cumprimento”.

A inclusão, ou não, dos atos gerais e abstratos, de um lado, e dos contratos e atos convencionais, de outro, no campo de abrangência do conceito de ato administrativo é tarefa enfrentada por todos aqueles que escrevem sobre o tema, que têm de justificar, preliminarmente, sua “opção de critério”⁹⁶.

Na medida em que a Constituição Federal consagra a cláusula da “independência e harmonia” dos denominados poderes estatais (Art. 2º, CF), a qual pode ser interpretada, sem rigorismos exacerbados, como garantia institucional⁹⁷, de conteúdo historicamente variável, que traduz a pretensão de coibir o exercício abusivo ou a concentração indevida das prerrogativas de autoridade pública; na medida, ainda, em que a tradução técnica daquela cláusula consiste na conceituação adequada das funções estatais (administrativa, legislativa e jurisdicional) de modo a traçar os limites de competência e de conteúdo dos atos dos poderes públicos em face dos demais princípios constitucionais (tais como o da legalidade ou o do “juiz natural”), parece adequado o critério caracterizador do ato administrativo em função dos traços que o distinguem dos atos típicos das demais funções estatais. Cumpre lembrar, contudo, que os fatores de distinção entre aqueles atos jurídicos e funções estão, também eles, sujeitos a definições variáveis.

De qualquer modo, obra que adota este tipo de critério é, também, a de Seabra Fagundes, para quem “no sentido material, ou seja, sob o ponto de vista do conteúdo e da finalidade, os atos administrativos são aqueles através dos quais o

⁹⁶ MALACHINI, Edson Ribas, Op. Cit., p. 14.

⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 13ª ed., rev. e atualizada. São Paulo, Malheiros, 2003. p. 554-559.

Estado determina situações jurídicas individuais ou concorre para a sua formação”. Para se compreender o que significa a característica de um ato “concorrer para a formação” de uma situação jurídica individual, o autor fornece diversas razões, entre as quais a necessidade de uma gradual concretização da lei geral e abstrata:

“Lei, como preceituação geral que é, tem em vista situações abstratamente consideradas, fazendo-se preciso acomodá-la às situações individuais. Isso se dá por um trabalho de individualização, através do qual ela se torna praticamente efetiva, alcançando as diversas situações particulares compreendidas na generalidade do seu enunciado. Esses fenômenos que lhe sucedem, tendendo a concretizar a vontade nela expressa, são, normal e primariamente, o objeto da função administrativa. Atendendo à natureza e à repercussão de tais atos na ordem jurídica, pode-se definir essa função como aquela pela qual o Estado determina situações jurídicas individuais, concorre para sua formação, e pratica atos materiais”.

É por isso que, mais à frente, o autor aponta a existência de atos administrativos gerais: “quando o ato dispõe de um modo geral sobre situações abstratas, como as instruções ministeriais, é um ato administrativo geral”. Estes atos administrativos com finalidade geral e abstrata, ainda segundo o autor, “constituem um primeiro degrau no movimento progressivo de concretização da norma jurídica”. Daí porque se distinguem da lei em sentido material, que conceitua como “ato jurídico emanado do Estado com o caráter de norma geral, abstrata e obrigatória, tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva”, a que necessariamente se agrega a característica de modificação na ordem jurídica preexistente, com o sentido de *novidade*, apontado por Vítor Nunes Leal⁹⁸, que distingue a lei de outros atos gerais e coativos, tais como os regulamentos, portarias e instruções.

Entre as contribuições teóricas mais recentes, entendimento semelhante é o de Clèmerson Merlin Clève, que ao procurar estabelecer um conceito de “lei”, alertando para o caráter plurívoco do termo no sistema constitucional positivo, em que serve para designar diversos e distintos objetos (tais como a ordem jurídica, ou o ato legislativo formal, ou as normas jurídicas em geral), busca distinguir a lei das demais regras socialmente aceitas como jurídicas, concluindo que “a lei, com o surgimento do

⁹⁸ LEAL, Vitor Nunes. Problemas de Direito Público. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

Estado de Direito, é o ato normativo sancionado pelo Estado em face da manifestação dos órgãos competentes”, o que não significa, porém, que todos os atos normativos editados pelo Estado constituam lei, de modo que “o significante lei, em sentido lato, pode ser traduzido como ato, em geral normativo, capaz de inovar, originariamente, a ordem jurídica (ato legislativo). Ou seja, com o sentido de ato dotado de força de lei”. Isto porque a lei, no Estado contemporâneo, não mais se caracteriza exclusivamente pelo seu conteúdo ou por seus atributos (generalidade, abstração e impessoalidade), mas sobretudo por sua origem, forma e força⁹⁹.

Deste modo, tem-se um claro critério de distinção entre a lei e os demais atos normativos gerais e abstratos editados pelo poder público: “qualquer outro ato, que não aqueles definidos pela Constituição, jamais poderá adquirir força de lei”¹⁰⁰, ainda que semelhante em seus atributos, pois seu caráter infralegal delimita sua eficácia, de modo que “uma mesma regra assumirá força jurídica distinta conforme esteja prevista num regulamento ou numa lei”, e, ao mesmo tempo, os “regulamentos”, isto é, os atos normativos infralegais ou secundários, não podem ser considerados aptos para inovar validamente a ordem jurídica. Estes regulamentos em sentido lato compreendem tanto os regulamentos em sentido estrito, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo (Art. 84, parágrafo único, CF), quanto os demais atos normativos baixados pela Administração Pública, que conseqüentemente serão sempre de hierarquia infra-regulamentar, e ainda, escalonados entre si.

Por sua vez, Romeu Felipe Bacellar enfatiza que “o ato administrativo é gerado quando o administrador público, agindo nesta qualidade, sob um regime jurídico público, manifesta uma declaração de vontade em nome da administração”, de modo que “o que distingue o ato administrativo dos demais atos jurídicos é exatamente a presença do administrador público utilizando-se das prerrogativas que a qualidade de

⁹⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo, São Paulo, RT, 2000. p. 67.

¹⁰⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo, São Paulo, RT, 2000. p.74.

Administrador Público lhe confere”¹⁰¹, afigurando-se útil distinguir entre atos *individuais* e *gerais*, sendo estes últimos “aqueles expedidos sem destinatários determinados, abrangendo todos aqueles que se encontrem na situação que ele prevê e produzindo-lhes os efeitos”, para o que dependeriam de publicação, se forem de efeitos externos (atingindo terceiros distintos da Administração, seus órgãos e agentes).¹⁰²

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho, enfatizando o conceito de ato jurídico como evento apto a produzir efeitos jurídicos que decorre da vontade¹⁰³, observa que “no ato normativo, a vontade produz o evento que corresponde à hipótese de incidência e também o conteúdo concreto do mandamento, dispondo sobre permissão, obrigatoriedade e (ou) proibição de condutas”¹⁰⁴ e que, qualificando-se o ato administrativo como manifestação de vontade *funcional*, apta a produzir efeitos jurídicos e *produzida no exercício de função administrativa*¹⁰⁵, identifica-se entre suas espécies o ato administrativo normativo, que “complementa o mandamento de uma norma legal, disciplinando como as condutas futuras deverão ser praticadas”¹⁰⁶.

Apreciação distinta para o problema é a de Antônio Carlos Cintra do Amaral, desde uma perspectiva normativista, para quem “o direito brasileiro está estruturado em três escalões” de normas jurídicas escalonadas¹⁰⁷, encontrando-se no escalão terciário (ou infralegal) os atos administrativos, negócios jurídicos e sentenças, sendo que, dentre as funções estatais terciárias, a função administrativa se distinguiria pela criação de normas jurídicas passíveis de revisão por um órgão especialmente qualificado (o Judiciário) e por se destinarem, em regra, à realização dos deveres

¹⁰¹ BACELLAR FILHO, Romeu, Direito Administrativo. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 56.

¹⁰² BACELLAR FILHO, Romeu, Op. Cit., p. 63.

¹⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal, Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 176.

¹⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal, Op. Cit, p. 177.

¹⁰⁵ Op. Cit, p. 185-187.

¹⁰⁶ Op. Cit., p. 192.

¹⁰⁷ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo, Malheiros, 1996. p. 31.

jurídicos pelo órgão estatal ou por outrem. Uma vez fixado este conceito, o autor afirma que todas as normas gerais e abstratas produzidas no exercício da função administrativa constituem “regulamentos” e, portanto, serão de competência privativa do Chefe do Poder Executivo. Por tudo quanto já se disse aqui, percebe-se que se trata de uma solução apenas aparente para o problema, uma vez que não é razoável supor que todo ato jurídico infralegal editado no exercício da função administrativa, dotado de generalidade e abstração, deva expressar o desempenho de uma competência de direção superior da Administração.

A esse respeito, Fernando Andrade Oliveira lembra que “o que ocorre, na realidade prática, é a existência de um amplo e difuso *poder normativo*, entre os agentes da Administração, indispensável a uma gradual execução da lei que, na atualidade, tende a apenas estabelecer as regras diretoras sobre as matérias da competência legislativa”, mesmo porque, argumenta, não se pode recusar ao agente público a possibilidade de regulamentar o exercício de suas próprias atribuições; ademais, explica o autor, o poder regulamentar não é privativo do Chefe do Governo, pois pode manifestar-se sob a forma de instruções ministeriais ou ainda em atos de outras autoridades hierarquicamente inferiores.

Para Oliveira, “os regulamentos de execução já têm, com os atos administrativos, o traço comum de serem atos sublegais, expedidos para a ‘fiel execução da lei’”, o que justifica sua qualificação como ato administrativo, que para o referido autor “é o ato jurídico do Estado regido, quanto à sua formação e seus efeitos pelo Direito Administrativo e sujeito ao controle jurisdicional de legalidade”. Considerada a atividade administrativa como aquela “*exercida (...) sob as condições estabelecidas pelo Direito objetivo e dirigida direta e imediatamente à realização da utilidade prática necessária e suficiente para a satisfação de uma necessidade*”, na esteira do raciocínio de D’Alessio¹⁰⁸, e qualificada pelo dever estatal de “atendimento

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Fernando de Andrade, Conceituação do Direito Administrativo, . In: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito Administrativo (realizado de 24 a 28 de fevereiro de 1975, na cidade de

concreto, parcial ou integral, de (...) interesses individuais e coletivos que, em certo tempo, pela atuação de fatores econômicos, culturais, e sobretudo políticos, não podem, ou não devem, ser satisfeitos pela iniciativa dos particulares”¹⁰⁹, caracteriza-se, finalmente, como a “*atividade do Estado que, na concretização dos seus fins e sob um regime jurídico especial, tende à satisfação direta e imediata dos interesses públicos*”, realizada no exercício de poderes de autoridade, mediante procedimentos próprios, que se decompõem em atos administrativos¹¹⁰. Em face das características distintivas dessa atividade, pode-se afirmar, portanto, que o Direito Administrativo contém normas e princípios gerais, aplicáveis a todos os atos administrativos, incluídos os regulamentos, em sentido amplo e estrito, os quais, conforme o dizer de Manuel Maria Díez, “estão submetidos aos princípios fundamentais do regime jurídico administrativo: submissão à lei e às normas hierarquicamente superiores e à possibilidade de uma fiscalização jurisdicional para fazer efetiva dita submissão”¹¹¹.

Desse reconhecimento doutrinário talvez se possa extrair, mais que um simples enquadramento técnico, uma via aberta à vinculação dos atos administrativos normativos – e da Administração Pública – a ampliadas exigências de juridicidade.

Curitiba, capital do Estado do Paraná, Brasil). Departamento Estadual do Serviço Público/Universidade Federal do Paraná/Fundação Getúlio Vargas, 1975. p. 140-141.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Administração Pública e ato administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*.

¹¹⁰ OLIVEIRA, Conceituação...

¹¹¹ OLIVEIRA, Administração Pública... p. 110.

CONCLUSÕES

1. A concepção do “Estado de Direito” aparece na modernidade como a representação de uma organização (do poder político e da autoridade pública) dotada de poder soberano em face das relações sociais, e orientada em sua ação por critérios de utilidade, necessidade, possibilidade e oportunidade (Estado Moderno), à qual se passam a dirigir as exigências ético-políticas de uma atuação delimitada por fundamentos e limites racionais. A posição de supremacia política e jurídica estatal haveria de se condicionar, então, à prossecução de interesses referíveis à coletividade nacional e discursivamente reconduzíveis a algo como um interesse geral da sociedade. Para atender a esse seu fundamento, o “Estado de Direito” teria de enfrentar um duplo problema: o das formas e procedimentos válidos para a determinação do conteúdo do “interesse público” ou “interesse geral” e, simultaneamente, do estabelecimento das fontes que determinariam os limites da sua atuação, bem como das formas que permitiriam circunscrevê-lo a esses mesmos limites. A solução concebida para este duplo problema pelo pensamento liberal foi expressa no princípio da *legalidade*.

2. O modelo de legalidade do Estado Liberal, contudo, teve como pressuposto a absoluta separação entre Estado e Sociedade, espaços que a lei geral e abstrata teria de demarcar, como garantia da “liberdade” individual entendida em sentido formal e negativo, assegurando a não-intervenção do Estado no funcionamento da Sociedade, identificada como o espaço de prossecução dos interesses privados de sujeitos titulares de direitos supostamente “pré-sociais”. Neste quadro dicotômico, reside a origem da *dupla forma da legalidade*, concebida como “liberdade de agir” para o particular em seus negócios privados, limitada apenas, externamente, pela lei, restando ao Estado (ressalvada a esfera do poder político, dotada da prerrogativa de produção da lei e, portanto, naquela percepção, do Direito) a tarefa de mera execução dos comandos legais, compreendida tal relação de legalidade não como um desenvolvimento ulterior do conteúdo da lei, mas como uma verificação da proibição

ou autorização legal, implicando, no âmbito da Administração Pública, seu “confinamento” na prática de atos concretos de comando de forma automática, nos quais se traduziria a aplicação mecânica do comando legal. Tal *relação automática de legalidade*, a par da redução da atividade administrativa à prática de atos cujo conteúdo fosse explicitamente fixado em lei, significou também o ocaso de outras fontes de vinculação jurídica às quais se pudesse submeter a Administração, para além das normas expressamente consignadas em lei formal (à qual o Direito havia sido virtualmente reduzido pelo liberalismo e pelo positivismo, em face da dupla representação da lei como “expressão da vontade geral” e como garantia de “segurança jurídica”, supostamente bastante em si para a proteção do cidadão e como corolário dos imperativos do Estado de Direito, chegando-se a desvincular a idéia de legalidade da Administração da consideração de quaisquer fins orientadores do Estado).

3. A idéia de uma legalidade administrativa centrada exclusivamente na lei, compreendida como ato formal do poder legislativo, revela-se um conceito instrumental à formulação de um Estado absenteísta, em que a interdependência entre atividade administrativa e realidade social não se coloca como problema juridicamente relevante. Naquela visão, a idéia de Administração como “execução da lei” não passaria pela necessidade de se enfrentar o problema da concretização das normas jurídicas no exercício da atividade administrativa, que poderia ser concebida como aplicação automática de comandos legais isolados, na medida em que as funções do Estado-Administração fossem simples e reduzidas, sem que sua atuação estivesse juridicamente referida a uma miríade de necessidades sociais.

4. A tradicional ênfase doutrinária numa concepção estrita de “ato administrativo”, e o relativo esquecimento da produção normativa da Administração Pública, têm sua origem na idéia de Administração como “execução da lei” associada à relação automática de legalidade e ao seu esvaziamento de princípios substanciais, instrumentais à configuração de um Estado absenteísta.

5. Com a emergência do chamado “Estado social”, em face de um conjunto de fenômenos associados aos processos sofridos pelas sociedades nacionais

capitalistas a partir da generalização e intensificação dos efeitos da economia industrial, a legalidade da Administração, em seu sentido clássico de simples subordinação à lei formal, passa a revelar-se cronicamente insuficiente para cumprir o papel de instância central de controle jurídico do agir administrativo, tendo em vista que este apenas poderia ser-lhe atribuído no quadro da concepção Estado de Direito liberal. Com a ampliação das funções do Estado e, notadamente, da Administração; com a chamada “crise da lei”, e com o surgimento de um constitucionalismo de novo tipo, o princípio da legalidade terá de assumir um caráter mais amplo, traduzindo-se no princípio de legalidade administrativa como submissão da Administração ao Direito.

Impõe-se, ademais, a exigência de uma nova fundamentação para o juízo de legalidade. Para que este possa satisfazer as condições de objetividade de apreciação, e as de avaliação eficaz da adequação do agir do poder público a padrões jurídicos que lhe imponham exigências de fundamentação, conteúdo, limitação e orientação racionais e eticamente passíveis de referenciação, faz-se necessário que se busque seu cerne na Constituição, em sua virtualidade principiológica e estruturante.

6. A conceituação do ato administrativo implica uma operação seletiva, segundo uma opção de critério, que se deve pautar pela operacionalidade do conceito para os fins propostos. Mais que isso, as definições correntes do “ato administrativo” têm caráter histórico e variável.

Sabe-se que, num primeiro momento, a idéia de “ato administrativo” surge na França setecentista, para afirmar a “impermeabilidade” jurídica da Administração em face do controle jurisdicional, refletindo o uso de técnicas autoritárias, pelo Estado Liberal, para a instrumentalização de uma Administração “racional e centralizada” vocacionada às tarefas de formação de um mercado nacional, de eliminação das particularidades jurídico-políticas e de instauração de uma “ordem pública vigorosa”. Subseqüentemente, com a formação de órgãos de controle relativamente autônomos, o conceito adquire novo significado, passando a definir as atuações da Administração Pública sujeita ao controle de tais órgãos, identificando-se como instrumento de

garantia dos particulares. Esta evolução, contudo, ocorre ainda no interior da doutrina do “Estado de Polícia” Liberal, caracterizada pela restrição do comportamento administrativo ao “serviço de policiamento dos indivíduos”, tendo o Estado de se abster de qualquer interferência efetiva nas relações sociais, tida como intromissão nos negócios realizados entre sujeitos individuais “auto-suficientes”. Desse modo, embora concebido em função de seu controle jurisdicional, o conceito de ato administrativo segue sendo formulado como expressão de “afirmação do momento de autoridade”, de intervenção estatal agressiva e isolada incidente sobre a esfera jurídica de um particular de modo pontual e intermitente (o que implica, ainda, considerar os atos jurídicos praticados no interior da pessoa jurídica estatal como atos juridicamente irrelevantes). A permanência doutrinária de tal formulação se traduz na caracterização corrente do ato administrativo como ato individual e concreto.

Tal modelo conceitual apresenta-se, cada vez mais, insatisfatório ou mesmo inadequado, pois com o esgotamento do Estado Liberal, e com a multiplicação e incremento das funções e tarefas do Estado em face das relações econômicas e sociais, provocado pelos desenvolvimentos ulteriores do capitalismo, a atividade administrativa complexifica-se, inclusive nas suas formas de expressão jurídica.

7. Neste prisma, não mais se justifica a identificação do ato administrativo pelo seu caráter individual e concreto, em oposição à lei, em seus atributos próprios de generalidade e abstração, mesmo porque estes deixam de configurar o principal fator distintivo dos atos legislativos no Estado contemporâneo, passando a caracterizar-se a lei por sua origem, forma e força.

Não obstante, na medida em que a Constituição Federal consagra a cláusula da “independência e harmonia” dos denominados poderes estatais (Art. 2º, CF), a qual pode ser interpretada, sem rigorismos exacerbados, como garantia institucional, de conteúdo historicamente variável, que traduz a pretensão de coibir o exercício abusivo ou a concentração indevida das prerrogativas de autoridade pública; na medida, ainda, em que a tradução técnica daquela cláusula consiste na conceituação adequada das funções estatais (administrativa, legislativa e jurisdicional) de modo a traçar os limites

de competência e de conteúdo dos atos dos poderes públicos em face dos demais princípios constitucionais (tais como o da legalidade ou o do “juiz natural”), parece adequado o critério caracterizador do ato administrativo em função dos traços que o distinguem dos atos típicos das demais funções estatais. Desse modo, deve-se distinguir entre ato administrativo e lei tendo em conta a caracterização desta como ato legislativo formal, constitucionalmente definido como sendo capaz de inovar originariamente a ordem jurídica, modificando aquela preexistente.

Os atos administrativos caracterizam-se, pois, por seu caráter de complementariedade em relação à lei, traduzindo momentos sucessivos da gradual concretização da norma jurídica abstrata. Entre eles se podem identificar os atos normativos produzidos pela Administração Pública - distinguindo-se os regulamentos em sentido estrito (Art. 84, parágrafo único, CF), que expressam o desempenho de uma competência de direção superior da Administração, dos atos normativos infra-regulamentares – sujeitos aos mesmos princípios fundamentais que informam os demais, bem como a uma nova compreensão da legalidade, no sentido amplo da juridicidade.

Nesse sentido, os problemas engendrados pelo fenômeno real da produção de atos administrativos normativos (ou da sua omissão) impõem seu necessário reconhecimento, e também a incorporação à compreensão jurídica da legalidade administrativa de exigências da contemporaneidade e de dimensões construtivas e materiais que sobre o seu contexto se projetam, ou podem se projetar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADOMEIT, Klaus, **Filosofia do Direito e do Estado, Vol. II**. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 2001.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo, Malheiros, 1996.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A Concepção Pós-Positivista do Princípio da Legalidade*. In: Revista de Direito Administrativo nº 236 (Abr./Jun. 2004). Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

BACELLAR FILHO, Romeu, **Direito Administrativo**. São Paulo, Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2ª ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro, ed. Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**. 13ª ed., rev. e atualizada, 2ª tiragem. São Paulo, Malheiros, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo, Ed. Saraiva, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1991.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **Direito, Política e Magistratura**. São Paulo, LTr, 1996.

CERRONI, Umberto. **Introducción al pensamiento político**. México, Siglo XXI, 1967.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. São Paulo, RT, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.), **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 12ª ed., São Paulo, Ed. Atlas, 2002.

FAGUNDES, Miguel Seabra **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5ª ed., Rio de Janeiro, ed. Forense, 1978.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 4ª ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 2000.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo, Ed. Malheiros, 1995.

GARCIA, Emerson. *A Moralidade Administrativa e sua Densificação*. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Ano 11, nº 43. São Paulo, RT, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **“O Estado, a Liberdade e o Direito Administrativo”**, in: *Revista Crítica Jurídica*, nº 21, 2002.

- GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 7ª ed., rev. e atualizada, São Paulo, Malheiros, 2002.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo, Saraiva, 2005.
- LARA, Tiago Adão, **Caminhos da Razão no Ocidente**.
- LEAL, Vitor Nunes. **Problemas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- LEFORT, Claude. ***“Os Direitos do Homem e o Estado-Providência”***, in: Revue Interdisciplinaire d’Études Juridiques, nº 13, Bruxelas, 1984.
- MALACHINI, Edson Ribas. **Ato Administrativo**, Curitiba, Juruá, 1990.
- MALISKA, Marcos Augusto, **O Direito à Educação e a Constituição**, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris editora, 2001.
- MEDAUAR, Odete, **Controle da Administração Pública**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993
- MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo, RT, 1992. 2ª edição.
- MELGARÉ, Plínio Saraiva. ***“Juridicidade: sua compreensão político-jurídica a partir do pensamento moderno-iluminista”***, in **Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra**. Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato Administrativo e Direitos dos Administrados**, São Paulo, RT, 1981.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 15ª edição. São Paulo, Malheiros, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, 3ª ed., 10ª tiragem, , São Paulo, Ed. Malheiros, 2003.
- MIAILLE, Michel. ***Crisis del Derecho y Hegemonía. A Propósito del Derecho Público***. In: **Crítica Jurídica nº 6**. UAP, Puebla, 1987.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, 2ª ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1983.
- MORAES, Germana de Oliveira. ***“Obrigatoriedade de Motivação Explícita, Clara, Congruente e Tempestiva dos Atos Administrativos”***, in: Revista da Faculdade de Direito da UFC, 2003.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: O Estado e o Direito na Ordem Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**, Coimbra, Coimbra Editora, 1987.
- OLIVEIRA, Fernando de Andrade. ***Administração Pública e ato administrativo***. Revista da Faculdade de Direito da UFPR.

OLIVEIRA, Fernando de Andrade. *Conceituação do Direito Administrativo*. In: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito Administrativo (realizado de 24 a 28 de fevereiro de 1975, na cidade de Curitiba, capital do Estado do Paraná, Brasil). Departamento Estadual do Serviço Público/Universidade Federal do Paraná/Fundação Getúlio Vargas, 1975.

PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**. 1ª ed., 4ª tiragem. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

PEREZ LUÑO, Antonio, **Los derechos Fundamentales**, 3ª ed., Madrid, Ed. Tecnos, 1988.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “*Aspectos Sociais do Direito Administrativo Contemporâneo*”, in: Revista de Informação Legislativa, Ano 27, nº 106. Brasília, Senado Federal, 1990.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “*Democracia, Constituição e Administração Pública*”, in: Revista de Direito Administrativo e Constitucional, nº 9.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Livraria Del Rey editora, Belo Horizonte, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, Porto Alegre, Livraria do advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**, 3ª ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 2000.

SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do Acto Administrativo Perdido**. Livraria Almedina, Coimbra, 1998.

TIGAR, Michael E. e LEVY, Madeleine R.. **O Direito e a Ascensão do Capitalismo**. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1978.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 2ª ed. rev. e ampl., RT, São Paulo, 1995.

ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**. São Paulo, Ed. RT, 1990.