

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

RODRIGO CABALLERO STÖLBEN

LEGALIDADE ADMINISTRATIVA *LATO SENSU* E RESERVA LEGAL

Porto Alegre

2020

RODRIGO CABALLERO STÖLBEN

LEGALIDADE ADMINISTRATIVA *LATO SENSU* E RESERVA LEGAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini.

Porto Alegre

2020

CIP - Catalogação na Publicação

Stölben, Rodrigo Caballero
Legalidade administrativa lato sensu e reserva
legal / Rodrigo Caballero Stölben. -- 2020.
70 f.
Orientador: Rafael da Cás Maffini.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2020.

1. legalidade administrativa. 2. juridicidade. 3.
pós-positivismo. 4. reserva legal. 5. competência
administrativa. I. Maffini, Rafael da Cás, orient.
II. Título.

RODRIGO CABALLERO STÖLBEN

LEGALIDADE ADMINISTRATIVA *LATO SENSU* E RESERVA LEGAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Doutor Rafael da Cás Maffini.

Aprovado em: Porto Alegre, 20 de novembro de 2020.

Prof. Doutor Rafael da Cás Maffini
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Mestranda Aline Lazzaron
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Mestranda Louise Freiburger Bassan Hartmann
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a todos que auxiliaram no desenvolvimento deste trabalho.

A minha família e amigos, pelo suporte incondicional.

Ao meu Professor Orientador, pela inspiração e incentivo.

Aos meus professores, presentes em cada frase aqui escrita.

RESUMO

Esta pesquisa busca responder se é possível ou não a aplicação do paradigma pós-positivista sobre o conceito de reserva legal para fins de ser retirada competência administrativa diretamente da Constituição Federal. Para tanto, analisa a evolução do conceito de legalidade administrativa por meio dos paradigmas positivista e pós-positivista. A partir destes, verifica as modificações sofridas pela reserva legal, referentes aos conceitos de reserva de constituição e de reserva institucional. Após, descreve a competência administrativa a partir da visão normativista, bem como a aplicação destas normas pela Administração Pública. Ainda, trata acerca da estrutura lógica das normas de competência e quanto à admissão dos poderes administrativos implícitos. Conclui pela possibilidade de ser retirada competência administrativa diretamente da Constituição Federal, desde que por meio de regras, e não de princípios.

Palavras-chave: legalidade administrativa; juridicidade; pós-positivismo; reserva legal; competência administrativa.

ABSTRACT

This research seeks to answer whether it is possible or not to apply the post-positivist paradigm on the concept of “legal reserve” for the purpose of withdrawing administrative power directly from the Federal Constitution. To this end, it analyzes the evolution of the concept of administrative legality through the positivist and post-positivist paradigms. Based on this, it verifies the changes suffered by the “legal reserve”, referring to the concepts of “constitution reserve” and “institutional reserve”. It describes the administrative power from the normative point of view, as well as the application of these norms by the Public Administration. Furthermore, it deals with the logical structure of the rules of administrative power and the admission of implicit administrative powers. It concludes by the possibility of withdrawing administrative powers directly from the Federal Constitution, as long as it is through rules, not principles.

Key-words: administrative legality; administrative power; post-positivism.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 MUTAÇÕES DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA.....	12
2.1 PARADIGMAS JURÍDICOS E LEGALIDADE ADMINISTRATIVA.....	12
2.1.1 Positivismo e legalidade stricto sensu.....	12
2.1.2 Pós-positivismo e legalidade lato sensu.....	19
2.2 RESERVA LEGAL.....	24
2.2.1 Reserva de lei e Reserva constitucional.....	25
2.2.2 Reserva relativa e Reserva institucional.....	30
3 RESERVA LEGAL E NORMATIVIDADE.....	39
3.1 APLICAÇÃO DE NORMAS.....	39
3.1.1 Relações entre regras e princípios.....	39
3.1.2 Ponderação administrativa.....	45
3.2 LEGALIDADE DA COMPETÊNCIA.....	49
3.2.1 Normas de competência.....	50
3.2.2 Poderes implícitos.....	57
4 CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS.....	66

1 INTRODUÇÃO

No âmbito da Ciência do Direito, o giro linguístico ocorrido no século XX mostra-se especialmente significativo, ao centrar as atenções dos juristas não em fenômenos naturais, mas sim na linguagem e nos conceitos, os quais são, então, concebidos como condicionadores da realidade estudada. Os institutos jurídicos, assim, não possuem “natureza”, mas consubstanciam *conceitos*, resultantes de um processo de diferenciação de significados. Além disso, o discurso jurídico, como facilmente podemos perceber, refere-se sempre a um discurso anterior, que é o seu ponto de partida, e as suas conclusões só têm sentido dentro de certos limites e diante de certos paradigmas, delimitados pelos juristas em sua investigação. Assim, o corte metodológico torna-se de suma importância, porque é este que possibilita o estudo de um objeto, sob pena de regresso ao infinito.

Há quem sustente a existência de conceitos jurídicos teoricamente comuns a todo sistema jurídico, passíveis de universalização e possuidores de caráter *a priori*. Não se adota esta perspectiva, haja vista que os conceitos lógico-jurídicos, como qualquer forma lógica, têm seu ponto de referência nas normas pertencentes ao sistema. Desse modo, esta singela empreitada toma como referência o regime jurídico brasileiro atual, não se pretendendo universalizável ou aplicável, a princípio, na hipótese de alteração deste, porquanto o novo sistema normativo criado teria a possibilidade de minar os fundamentos que aqui se tomam como pressupostos.

Isto posto, passamos ao objeto da pesquisa, ou melhor, ao conceito jurídico que é objeto desta.

A *legalidade administrativa* é utilizada pelos juristas de diversas maneiras, a depender do lugar e do tempo histórico. Com o passar dos anos, o surgimento de novos paradigmas alterou sobremaneira a percepção deste instituto jurídico, vez que os administrativistas, sucintamente, passaram a observá-lo sob uma perspectiva epistemológica diferente.

Um paradigma é certo parâmetro que a comunidade científica partilha, delimitando os problemas e fornecendo soluções. Este propicia um nível de consenso acerca de aspectos metodológicos, epistemológicos e ontológicos, para que os cientistas possam realizar as suas pesquisas a partir de um ponto em comum.

Neste sentido, a legalidade, segundo o paradigma clássico, é tida como um limite ao poder estatal, em uma época na qual os Estados deixavam de ser absolutos e, posteriormente, a Administração Pública começava a se submeter a certos freios, como o Poder Judiciário. Foi

especialmente após a metade do século XX e os horrores das grandes guerras que o cidadão começou a exigir uma postura ativa do Estado, não desejando apenas que este se abstinhasse. Em certo sentido, os direitos de primeira dimensão, resguardados pela contenção do Estado (como aquela legalidade), foram influenciados pelos direitos das demais dimensões.

Entretanto, a reserva legal, como parcela-metade da legalidade administrativa (juntamente à prevalência da lei), só recentemente começou a ser objeto de raros estudos quanto à eventual alteração que tenha ocorrido em seu conceito, devido aos novos paradigmas que emergiram. Com isso, a exigência de lei formal para a atuação administrativa tem de ser revisitada e, novamente, passar por um processo de classificação, que a diferencie (como processo necessário à formação do conceito) e diga o que ela é (ainda) e o que ela não é (mais). É sobre isto que nos preocuparemos nas linhas que seguem.

O paradigma que se coloca como possibilitador da mudança relatada é o comumente chamado *pós-positivismo*, que, apesar de abarcar uma série de diferentes posicionamentos, pode ter um conteúdo mínimo delimitado. Sua bem-vinda ampliação das possibilidades normativas no universo jurídico ocasiona, ao mesmo tempo, atritos com conceitos já bem estabelecidos, que se tornam, à primeira vista, verdadeiros monumentos de resistência. A reserva legal é um deles.

Iremos, então, analisar a possibilidade de influência daquele paradigma sobre o conceito jurídico de legalidade administrativa, para o que elaboramos o seguinte questionamento científico: “*é possível a aplicação do paradigma pós-positivista sobre a reserva legal, de modo que se retire competência administrativa diretamente da Constituição?*”. Como hipótese orientadora da pesquisa, baseados na doutrina arraigada quanto à matéria, identificamos a impossibilidade de ser concedida à Administração Pública competência, senão em virtude de lei em sentido formal.

Dito sobre o que trataremos, passamos a elucidar sobre o que não iremos nos debruçar. Em primeiro lugar, existem exceções clássicas à reserva legal, como os decretos autônomos, medidas provisórias e a teoria das circunstâncias excepcionais. Entretanto, como facilmente se pode deduzir, estas ocorrem em situações específicas e, com o perdão da redundância, excepcionais, não se aplicando à atividade administrativa “ordinária”, que é o nosso objeto. Estes casos escapam inclusive do conceito de reserva legal (como referido acima), o que, *per se*, já os retira do escopo deste trabalho. Em segundo, apesar da suma importância, não trataremos especificamente acerca da legalidade vista como prevalência da lei (da

Constituição ou do Direito), porquanto parece-nos evidente a aplicação do paradigma pós-positivista sobre este viés, em coerência com o sistema normativo posto, o que não ocorre, de pronto, com a reserva legal.

Acerca da importância e relevância desta jornada, relatamos a perceptível escassez de estudos pelos administrativistas acerca do tema. Como veremos, a reserva legal está intimamente relacionada com a competência administrativa, sobre a qual logramos êxito em encontrar apenas uma obra doutrinária nacional que tratasse específica e expressamente sobre o tema¹, com um enfoque administrativo organizacional muito diferente do que aqui será tratado. Acerca do conceito de normas de competência, estudiosos da Ciência do Direito tratam sobre o tema e, especialmente, juristas tributaristas, havendo, entretanto, um hiato pelos administrativistas modernos. Isto posto, à competência conferida pelo sistema normativo à Administração Pública não é dado o estudo aprofundado que a matéria merece, limitando-se os autores, muitas vezes, à repetição de mantras, passando à análise precipitada das alterações sobre a competência e invalidades dela decorrentes. O que ora se busca é uma análise detida por trás da legalidade superficial usualmente apresentada, por meio de um estudo lógico normativo que justifique a existência de uma reserva legal de tal modo e não de outro.

O método a ser utilizado, como consequência do que já foi exposto, será o da análise doutrinária, em busca dos conceitos jurídicos pertinentes, de modo a buscar a coerência dentro do discurso jurídico. Assim, ao analisarmos os autores que já se debruçaram sobre o tema, buscamos evidenciar a possibilidade de alteração ou não do conceito de reserva legal em nosso sistema normativo, diante daquele paradigma. Parte-se do todo para o particular (método dedutivo), do sistema normativo para a legalidade, e não o contrário.

Por fim, resta-nos descrever a estrutura da pesquisa, a qual está separada em duas seções. A primeira tratará sobre as mutações da legalidade administrativa, a fim de demonstrar aquela mudança de paradigma, primeiramente buscando um conceito de legalidade *lato sensu* e apresentando a visão pós-positivista do sistema normativo, para depois nos atermos especificamente à reserva legal e às suas diversas concepções. Na segunda seção, examinaremos a relação entre reserva legal e normatividade, iniciando pela aplicação das normas pela Administração Pública. Ao final, trataremos acerca da estrutura das normas de competência e da possibilidade de poderes implícitos.

1 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Da competência administrativa: origens constitucionais e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Ed. Resenha Universitária, 1977.

2 MUTAÇÕES DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

Fazendo uso da expressão empregada por MOREIRA NETO², mas referindo-nos às transformações ocasionadas no conceito de legalidade administrativa a partir dos paradigmas que nele incidem, buscamos, neste tópico, evidenciar a relação do positivismo e do pós-positivismo sobre tais mutações. Desse modo, descreveremos o surgimento da noção de legalidade *stricto sensu*, amparado pela necessidade de limitação e controle do poder estatal, seguido da legalidade *lato sensu*, a qual ampliou o plexo normativo que contém a Administração Pública³. Após, verificaremos, detidos no conceito de *reserva legal*, os impactos dessas inovações.

2.1 PARADIGMAS JURÍDICOS E LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

Os paradigmas jurídicos, como já referido, delimitam um conteúdo metodológico, epistemológico e ontológico mínimo, orientando a atividade de pesquisa dos juristas. No caso do conceito da legalidade administrativa, foram dois os principais paradigmas que condicionaram o seu processo de diferenciação: o *positivista*, classicamente utilizado para fins de conter o poder estatal e prover garantias mínimas aos indivíduos, por meio da lei em sentido formal; e o *pós-positivista*, este mais recente e introdutor do chamado neoconstitucionalismo, o qual dá proeminência à Constituição na aplicação do ordenamento jurídico. Passamos, então, à análise destes paradigmas, focando no modo pelo qual prescrevem a contenção da Administração Pública.

2.1.1 Positivismo e legalidade *stricto sensu*

Conceituamos *poder* como uma relação entre vontades, de modo que uma predomine sobre a outra, originária da sociabilidade humana, o qual também pode ser visto como um

2 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

3 Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 247) separa as técnicas de contenção pela juridicidade em dois tipos: a estática e a dinâmica. Assim, a contenção estática, também chamada de *limitação*, “age pela restrição juridicamente imposta à ação do Estado, com vistas à proteção das liberdades e dos direitos dos administrados”. Já a contenção dinâmica, chamada de *controle*, age pela “reação, contraposta à atuação do Estado, sempre que for necessário tornar efetiva a proteção das liberdades e dos direitos dos administrados ameaçados ou vulnerados”. Neste sentido, no primeiro caso há um asseguramento *a priori* das liberdades e dos direitos dos administrados, ao contrário do segundo, em que há proteção *a posteriori*, frente a uma efetiva ameaça ou dano àquelas garantias.

processo dinâmico⁴. Assim, quando vários homens passam a viver em conjunto, na busca de um fim comum, é inerente que se forme um tipo de organização entre eles e, portanto, uma autoridade superior aos indivíduos⁵. Este poder caracteriza-se como *político*, no momento em que organiza a atividade coativa, isto é, o emprego da força física necessária tanto para a manutenção da ordem interna quanto externa, na defesa dos membros da sociedade⁶. Assim, temos que o surgimento do poder político se confunde com o aparecimento de uma estrutura administrativa que proveja a organização social. Isso ocorre, pelo menos, desde o Antigo Egito, as civilizações do Oriente Médio, as cidades-Estado gregas e Roma e o seu Império⁷.

A partir daí, o poder político pode sofrer *gradações de juridicidade*, de um mínimo conteúdo jurídico, quando do mero uso da força organizada para atingir um fim, até um máximo, na concretização de normas jurídicas⁸. *Normas* são proposições que disciplinam o comportamento humano, direta ou indiretamente, classificando-se como *jurídicas* quando pertencem a um sistema jurídico⁹. Este, por sua vez, é dotado, em uma visão atual, das seguintes características: possui pretensão à correção (justiça); é formado por normas fundamentais e demais normas em conformidade com esta, socialmente eficazes e não extremamente injustas; bem como inclui princípios e argumentos normativos, nos quais deve se apoiar o procedimento de aplicação daquelas normas¹⁰.

Neste sentido, há uma tendência do poder político ao máximo jurídico¹¹, a qual começou a ser concretizada por meio da passagem histórica dos costumes e leis não escritas para o registro das leis em pedra, especialmente na Grécia Antiga¹². Este processo de *objetivação* gera estabilidade, ao dar precedência a uma vontade objetiva, ao contrário de uma

4 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 34.

5 REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 116.

6 BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 83.

7 OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo, volume 1*. 2ª reimpressão da edição de 2013. Coimbra: Almedina, 2016. p. 253.

8 REALE, op. cit., p. 118.

9 FOLLADOR, Guilherme Broto. *As normas de Competência Tributária*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. pp. 56 e 63.

10 ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 151.

11 REALE, op. cit., p. 88.

12 PALMA, Rodrigo Freitas. *História do Direito*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 174.

vontade pessoal¹³. Entretanto, foi apenas no Baixo Império Romano que a legislação se tornou a principal fonte de Direito¹⁴.

São os gregos que primeiro utilizam a expressão *natural e positivo* para qualificar diferentes tipos de justiça e, após, de leis. Aristóteles já afirmava que o direito positivo seria aquele posto pelo homem, relativo a uma determinada comunidade política, tornando certas condutas necessárias a partir de sua criação, ao contrário do direito natural, existente em toda parte e relativo a condutas objetivamente corretas¹⁵. De qualquer modo, remontam à Grécia Antiga as primeiras manifestações de vinculação da atividade administrativa à lei, como em Aristóteles, quando este descreve que o governo justo é o governo das leis¹⁶. Mesmo assim, nas civilizações do Oriente Médio dos séculos III a I a.C., não existiam garantias dos particulares face à Administração, as quais aparecem de forma reduzida em Atenas, especialmente devido aos primórdios do controle administrativo e judicial de seus órgãos superiores, sendo reforçadas no Império Romano¹⁷.

Para os gregos da Antiguidade, a diferença entre *natural e positivo* tratava-se de uma relação de direito comum e direito especial, não havendo, a princípio, uma hierarquia anterior entre estes. Tal situação altera-se na Idade Média, por influência da religião, a qual torna o direito divino (natural) superior ao direito posto pelo homem (positivo), sendo ambos, no entanto, “direito” na mesma acepção do termo¹⁸, sendo que a lei positivada só merece este nome quando de acordo com a lei natural¹⁹.

Dessa maneira, no medievo feudal, o direito era uma produção da sociedade civil, pluralista em muitos sentidos²⁰. O rei feudal, que não administrava, legislava ou julgava, encontrava-se sob o Direito da terra, isto é, o direito-costume ou direito-pacto. Era no plano local, isto é, nas mãos do senhor feudal ou das câmaras municipais, que se encontrava a

13 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 45.

14 GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Trad. A. M. Hespanha. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013. p. 91.

15 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. pp. 15-17.

16 OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo, volume 1*. 2ª reimpressão da edição de 2013. Coimbra: Almedina, 2016. p.74.

17 AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 3ª ed, 7ª reimp. Coimbra: Almedina, 2012. pp. 52-54.

18 BOBBIO, op. cit, pp. 25-26.

19 OTERO, op. cit., p. 258.

20 BOBBIO, op. cit., pp. 26-27.

atividade administrativa, cabendo ao rei a *auctoritas*, consubstanciada na função de fecho da organização sociopolítica, exercendo atividades ligadas à guerra e aos tributos²¹.

Em Portugal, um “feudo erigido em reino” que “sequer teve feudalismo”²², ainda no medievo dos séculos XII a XIV, a administração régia via-se limitada pela administração senhorial, administração concelhia, administração eclesiástica e pelas corporações de ofício, cada uma reivindicando a sua área de intervenção²³. À época, Marsílio de Pádua já submetia o poder dos governantes à lei, retomando o ensinamento aristotélico e colocando o legislador como a causa eficiente primária²⁴. De qualquer modo, o rei estava acima da lei positivada, mas subordinado à lei natural ou divina, o que ficava evidente na limitação deste em face da autoridade papal²⁵.

Nos séculos XV a XVII, na renascença portuguesa, torna-se clara a ideia de que os governantes estariam vinculados à prossecução do bem comum, sendo o monarca um órgão representante dos direitos da comunidade²⁶. Já se primava, em matéria de competência, ao direito escrito, em detrimento do direito costumeiro *contra legem*²⁷. Apesar de surgir certa vinculação do monarca à proteção da confiança do administrado, não se pode dizer que este estava vinculado às suas leis²⁸.

Posteriormente, nos séculos XVIII a XIX, o iluminismo português torna o rei absoluto e liberta-o dos limites jurídico-positivos. As instituições que antes lhe impunham limites, como o clero e a nobreza, agora se curvam ao monarca, apesar da raiz teocrática daquele regime. Tal pensamento afasta a ideia de soberania popular e, com base em Hobbes e Bodin, o rei passa a produzir o Direito, não se encontrando a ele vinculado, salvo para atendê-lo²⁹. Há a incerteza do direito e a extensão máxima do poder discricionário³⁰. Isto é, com o surgimento do Estado, este concentra todo o poder em si, inclusive o de criar o direito, diretamente, por meio da lei, ou, indiretamente, pelo reconhecimento e controle das normas consuetudinárias.

21 SOUZA JÚNIOR, César Saldanha. *O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. Porto Alegre: Fábio Fabbris Editor (Memória Jurídica Editora), 2002. pp. 22-28.

22 Ibidem, p. 47.

23 OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo, volume 1*. 2ª reimpressão da edição de 2013. Coimbra: Almedina, 2016. p. 225.

24 Ibidem, pp. 74 e 257.

25 Ibidem, p. 257.

26 Ibidem, p. 259.

27 Ibidem, p. 262.

28 Ibidem, p. 263.

29 Ibidem, op. cit., pp. 264-269.

30 AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 3ª ed, 7ª reimp. Coimbra: Almedina, 2012. p. 66.

Com isso, o direito natural, aos poucos, deixa de ser considerado como “direito” em sentido próprio, tornando-se a expressão “direito positivo” um pleonasma³¹. Além disso, não havia regras claras de distribuição de competências, as quais obedeciam a um sistema de mercês, e a atividade administrativa, agora afastada da via escrita, não estava sujeita a regras específicas, reinando a arbitrariedade. Emerge, então, um rei administrador, que amplia o âmbito da intervenção estatal, sob a justificativa da prossecução do bem público³².

No Brasil colônia, isto é, desde o seu descobrimento, em 1500, até a chegada da família real, em 1808, os capitães hereditários e, após, o Governador-Geral agiam como delegatários do Rei de Portugal. Os seus poderes não conheciam limites jurídicos, haja vista que concentravam os poderes de administrar, legislar e distribuir a justiça³³, o que ocorria até certo ponto, devido à submissão ao monarca.

Foi na Revolução Gloriosa, em 1688, que a função legislativa primeiro se dissociou da Coroa inglesa, passando para um órgão coletivo autônomo de representação da sociedade³⁴, sendo este o único exemplo de bipartição de poderes, baseando-se em John Locke³⁵. Posteriormente, com a Revolução Francesa, é que são estabelecidos os alicerces para a tripartição de poderes, a partir dos estudos de Montesquieu. Assim, a Administração torna-se a executora das leis elaboradas pelo legislativo, submetendo-se a estas³⁶. Este modelo, o Estado Liberal, que adota o constitucionalismo como técnica de limitação do poder político e consagra a subordinação do Estado à lei, surge no século XVIII e declina na primeira metade do século XX³⁷.

Em Portugal, as Constituições monárquicas de 1822 e 1826 já determinavam a separação dos poderes³⁸. Entretanto, o veto absoluto, a possibilidade de dissolução do parlamento e de elaboração de decretos com força de lei faziam com que se evidenciasse uma certa autovinculação da função administrativa³⁹. Devido à grande influência francesa durante

31 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 26.

32 OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo, volume 1*. 2ª reimpressão da edição de 2013. Coimbra: Almedina, 2016. pp. 264-269.

33 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de Direito Administrativo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, número 5, jan/fev/mar de 2006, Salvador, Bahia. p. 07.

34 SOUZA JÚNIOR, César Saldanha. *O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. Porto Alegre: Fábio Fabbris Editor (Memória Jurídica Editora), 2002. p. 44.

35 Ibidem, p. 48.

36 AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 3ª ed, 7ª reimp. Coimbra: Almedina, 2012. pp. 70-1.

37 Ibidem, p. 77.

38 Ibidem. p. 73.

39 OTERO, op. cit. pp. 274-5.

todo o século XIX, o direito administrativo português mostra-se como resultado da Administração Pública, um direito próprio, em verdadeira concentração de poderes. Centralizaram-se no poder executivo a função administrativa propriamente dita, a função de julgar a Administração Pública e, até certo ponto, a função de definir o grau de vinculação desta à lei, a qual era, por sua vez, também influenciada por aquele poder⁴⁰.

Mesmo assim, a Revolução Liberal logrou transformar a legitimação administrativa, antes operada sob o viés iluminista-absolutista, que passou a contar com a existência de uma Constituição e da lei, como expressão da vontade geral. Neste contexto de separação de poderes e de supremacia da lei, administrar tornou-se a atividade de executar o comando legal, em um processo silogístico. Torna-se mais evidente, com isso, o processo de subordinação da Administração à legalidade jurídico-positiva⁴¹.

No Brasil, foi com a Independência e a Constituição de 1824 que se instaurou a separação de poderes, sendo que a legalidade do Império tinha uma amplitude diminuída, vez que a lei, quando não afetava direitos primordiais, estabelecia apenas princípios ou normas gerais, bem como o Poder Executivo não se submetia ao controle judicial⁴².

Até o absolutismo, o direito não se reduzia à lei positivada, possuindo fundamentos de ordem axiologicamente transcendentais, sendo aquela um verdadeiro meio de concretizar esta realidade ética. Com as Revoluções Liberais, todo o direito passou a ser atribuído à vontade geral da comunidade, a qual é externada por meio do Poder Legislativo. Passou-se a um período de prestígio desta função estatal, visando a proteger a segurança jurídica e a liberdade individual. Neste sentido, a lei possuía um caráter *institucional*, visto que sua legitimidade provinha da autoridade do órgão que a confeccionava, tratando-se de uma visão da lei em sentido formal, isto é, independente de seu conteúdo⁴³.

No Estado Liberal, a constituição limita-se a ditar normas organizatórias e processuais, não sendo fundamento normativo das leis, que tinham a sua legitimação nos moldes expostos. Isto é, a legalidade confunde-se com a legitimidade, sendo que a vinculação do legislador

40 OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo, volume 1*. 2ª reimpressão da edição de 2013. Coimbra: Almedina, 2016. pp. 275-7.

41 Ibidem, pp. 278-280.

42 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de Direito Administrativo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, número 5, jan/fev/mar de 2006, Salvador, Bahia. pp. 11-2.

43 MOTTA, Fabrício. O paradigma da legalidade e o Direito Administrativo. In: DI PIETRO, M. S. Z; RIBEIRO, C. V. A. (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 203-6.

estava em obedecer às normas de competência, de ritos e de forma dos atos, cabendo à Administração Pública a mera execução daquelas⁴⁴.

O *legicentrismo* é, assim, uma etapa anterior ao que se costuma denominar propriamente de positivismo jurídico⁴⁵. Isso porque, no século XVIII, a suposta onipotência do legislador ainda se via limitada pelas concepções jusnaturalistas, como a das leis naturais e do contrato social, sustentadas pelos escritores racionalistas, especialmente de forma subrogatória, no caso das lacunas⁴⁶. A crítica a este sistema emergiu com a escola histórica do direito, cujo expoente é Savigny, de modo a contrapor o costume àquele direito deduzido pela razão⁴⁷. Por fim, o positivismo “nasce do impulso histórico para a legislação”⁴⁸, especialmente influenciado pela escola da exegese francesa⁴⁹.

Na busca pela segurança jurídica, constrói-se um conceito de direito “imune à incerteza do pluralismo axiológico e da imprevisibilidade do arbítrio estatal”⁵⁰, que, na modernidade, é evidenciado nas teorias de Hans Kelsen, Alf Ross e H. L. A. Hart⁵¹. Em suma, o direito passa a ser considerado como um fato social, e não um valor, e sua validade depende unicamente de aspectos formais. Ainda, coloca-se a lei como fonte preeminente do direito, bem como este é definido por seu caráter coativo, ao que se seguem teorias imperativas das normas jurídicas⁵².

O Estado de Direito legislativo é pautado, então, pelo positivismo jurídico, de modo que o direito se identifique com a lei positivada⁵³. Baseando-se em Montesquieu, tais leis são aplicadas de modo silogístico-subsumtivo, submetendo o poder executivo ao legislativo e

44 MOTTA, Fabrício. O paradigma da legalidade e o Direito Administrativo. In: DI PIETRO, M. S. Z.; RIBEIRO, C. V. A. (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 207-9.

45 MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 76.

46 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. pp. 42-44.

47 Ibidem, pp. 53-54.

48 Ibidem, p. 119.

49 FONTE, Felipe de Melo. Para além da legalidade: a constitucionalização do direito administrativo através do princípio da juridicidade, algumas propostas. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Livraria Editora Renovar Ltda., ano 4, nº 13, janeiro a março, 2009. Capítulo II.

50 MÖLLER, op. cit., p. 77.

51 Ibidem, p. 81.

52 BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. pp. 131-3.

53 DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006. p. 19.

negando a autonomia da função administrativa, em resposta aos excessos do modelo anterior⁵⁴.

No Brasil, o Estado Liberal de Direito foi erigido com a Constituição de 1891⁵⁵, que, apesar de ideologicamente liberal, buscando neutralizar o poder subjetivo dos governantes e distanciar o Estado da sociedade⁵⁶ e contendo a fórmula da separação de poderes, deu origem a uma “ditadura de um só poder”⁵⁷, o Executivo das oligarquias.

2.1.2 Pós-positivismo e legalidade *lato sensu*

Apenas com a Constituição Federal de 1934, influenciada, dentre outros, por Bismarck, Weimar e pela Revolução Constitucionalista de 1932, passa-se a uma maior preocupação com as questões sociais, ampliando-se as atribuições do Poder Executivo, de modo que este intervenha em diversos setores sociais⁵⁸. O Estado-providência gera uma inflação legislativa, a fim de cumprir as finalidades às quais se propõe, o que resulta em um fenômeno de delegação legislativa, com a transferência de competências normativas para a Administração Pública⁵⁹. Além deste fenômeno, também ocasionaram o declínio da concepção clássica de legalidade a percepção de que esta fora utilizada como justificativa para condutas antijurídicas em projetos totalitários, bem como o desenvolvimento do novo constitucionalismo e da técnica dos conceitos jurídicos indeterminados⁶⁰.

Neste sentido, a partir de raízes filosóficas, os direitos humanos evoluíram das grandes Declarações à positivação, passando a constar como direitos fundamentais e, então, recobrando a relação entre Direito e sociedade, agora muito mais complexa, pluralista e consciente⁶¹. Assim, o Estado de Direito mostrou-se um conceito incompleto a dar cabo da gênese social do Direito, proposta pela pós-modernidade, ocorrendo a transição daquele para

54 OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 154.

55 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de Direito Administrativo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, número 5, jan/fev/mar de 2006, Salvador, Bahia. p. 20.

56 ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra, 1989. p. 249.

57 Ibidem, p. 252.

58 Ibidem, pp. 320 e 325.

59 FONTE, Felipe de Melo. Para além da legalidade: a constitucionalização do direito administrativo através do princípio da juridicidade, algumas propostas. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Livraria Editora Renovar Ltda., ano 4, nº 13, janeiro a março, 2009. Capítulo III.

60 Idem.

61 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 134.

o Estado Democrático de Direito, o qual se sustenta não apenas na legalidade, mas também na licitude e na legitimidade, esta intimamente conexas ao exercício de competência⁶², as quais consubstanciam o conceito de *juridicidade*⁶³.

Já o termo *neoconstitucionalismo* foi utilizado em 1998 pela jurista italiana Susanna Pozzolo, citando Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Carlos Santiago Nino como precursores deste modelo axiológico de Constituição⁶⁴. Dessa maneira, tal modo de pensar o ordenamento jurídico fez-se presente desde meados do século XX, quando os juristas citados escreveram suas obras, especialmente após a Segunda Guerra Mundial⁶⁵. O novo constitucionalismo, baseado no princípio democrático, na jurisdição constitucional concentrada e no sistema de direitos fundamentais, aproxima o Direito e a Moral e preconiza “a superação da concepção do princípio da legalidade como vinculação positiva do administrador à lei e a consagração da vinculação direta à Constituição”⁶⁶. Em suma, aquele paradigma propõe o seguinte: a *força vinculante da Constituição*, de forma a outorgar caráter normativo às disposições constitucionais, sendo que os princípios possuem eficácia por si mesmos; a *sobreinterpretação da Constituição*, que amplia o âmbito de sua atuação; e a *aplicação direta das normas constitucionais*, em alguns casos⁶⁷.

Em nosso país, esta constitucionalização é recente, porque iniciada com a Constituição de 1988, a qual impactou o princípio da legalidade, na medida em que também os valores e princípios⁶⁸ que esta consagra passaram a conter a atividade administrativa. A atividade administrativa vincula-se, então, a todo o ordenamento jurídico vigente, incluídas as normas-princípio, positivadas ou não, e demais normas jurídicas produzidas validamente por fontes diversas do legislativo⁶⁹.

Logo, a legalidade *lato sensu*⁷⁰ exprime a submissão da Administração Pública tanto à lei positivada quanto ao Direito, neste incluídas as suas demais fontes, como os princípios e os

62 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 125 e 134.

63 Ibidem, p. 134.

64 GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 60.

65 REZENDE OLIVEIRA, Rafael Carvalho. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: MÉTODO, 2018. Item 1.8.

66 Idem.

67 MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. pp. 30-38.

68 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de Direito Administrativo brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 926/2012, p. 51, dez 2012. p. 14.

69 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009. p. 129.

valores jurídicos⁷¹ (os quais não necessariamente estão positivados). Assim, orienta o sistema de forma que a Administração Pública possui o poder-dever de pautar-se pelo Direito como ciência que “transcende as regras positivadas”⁷². Obedece-se, desta forma, ao chamado *bloco de legalidade*, que abarca “todo ato materialmente normativo geral e abstrato (v.g. Constituição, leis formais, regulamentos, instruções ministeriais etc.)”⁷³, bem como os princípios gerais do Direito e os princípios do Direito Administrativo⁷⁴, sendo importante notar que a juridicidade se impõe à Administração para que esta cumpra melhor a sua finalidade, qual seja a “proteção das liberdades e dos direitos dos administrados”⁷⁵.

MERKL é, assim, pioneiro e expoente, em obra de 1935, da noção de juridicidade administrativa, que designa a conexão necessária entre Direito e Administração:

este princípio significa não apenas que a Administração, considerada como um todo, esteja condicionada pela existência de um Direito Administrativo, mas também que cada ação administrativa isolada esteja condicionada pela existência de um preceito administrativo que admita tal ação⁷⁶.

O autor continua⁷⁷, afirmando que não se trata de um postulado jurídico-político, uma vez que significaria uma liberdade *a priori* da Administração e possível sujeição futura a vínculos jurídicos. Nem que a Administração deve se ater na medida do possível ao direito vigente sem violá-lo. Isso porque a juridicidade é uma *lei jurídico-teórica*, sem exceções e inviolável, precedendo toda e toda a Administração. Isto, diferentemente do que ocorre com o princípio da legalidade, um postulado jurídico-político classificado como juridicidade qualificada, o qual requer consagração legal em cada ordenamento.

70 Utilizamos-na como expressão sinônima de juridicidade, dando preferência àquela primeira, por razões acadêmicas e de pesquisa bibliográfica, vez que os textos sobre tal assunto ainda, em sua maioria, referem-se à legalidade, e não à juridicidade. Mesmo assim, estamos cientes acerca da visão de que este último termo tende a exprimir a “inteireza do Direito e a grandeza da Democracia em seu conteúdo” (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 69/70. apud HEINEN, Juliano; MAFFINI, Rafael; SPARAPANI, Priscilia. *Comentários à Lei Federal do Processo Administrativo: Lei nº 9.784/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 28).

71 MAFFINI, Rafael. Juridicidade Administrativa e Controle da Administração Pública. In: ROSSI, Benôni. (Org.). *Estudos da Escola Corporativa Dante Rossi*. Porto Alegre: Escola Corporativa Dante Rossi, 2019. p. 108.

72 Ibidem, p. 109.

73 HEINEN, Juliano. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. pp. 164-5.

74 Ibidem, pp. 165 e 167.

75 MAFFINI, op cit., loc. cit.

76 MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México: Editora Nacional, 1975. p. 212. Tradução nossa.

77 Ibidem, pp. 212-15.

Entretanto, “o atual significado proposto para o princípio da juridicidade não é o mesmo da tradicional concepção de Adolf Merkl”⁷⁸, porque a sujeição ao Direito é uma “exigência axiológica e estrutural do Estado Constitucional de Direito e de seus princípios fundamentais, decorrente da natureza unitária da Constituição e do ordenamento jurídico”⁷⁹. Neste sentido, a ampliação do sentido da lei, a fim de considerar seu aspecto material, e não apenas formal, adveio da passagem do Estado Legal para o Estado de Direito, cujas bases se fixaram primeiramente na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949 (Lei Fundamental de Bonn)⁸⁰, também marco histórico do neoconstitucionalismo⁸¹.

Com relação ao alcance da juridificação administrativa, é importante notar, quanto à aplicação de normas extrajurídicas, que esta só é possível por meio de uma habilitação normativa para tanto. Assim, faz-se necessária uma remissão da lei para normas extrajurídicas, a fim de que se lhes dê força obrigatória⁸². Isto é, a legalidade *lato sensu* não permite, *per se*, expandir a vinculação da Administração para além do Direito, como diretamente à moral, por exemplo. Daí também a impossibilidade de existirem competências administrativas autoatribuídas, sem nenhuma base legal⁸³. Aqui, importa ressaltar que a positivação não é necessária para a caracterização dos princípios e valores jurídicos, que, conforme o próprio conceito informa, estão localizados dentro do Direito, e não fora dele.

78 MOTTA, Fabrício. O paradigma da legalidade e o Direito Administrativo. In: DI PIETRO, M. S. Z.; RIBEIRO, C. V. A. (Org.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 223.

79 BORTOLI, Adriano de. *Legalidade administrativa e garantia dos direitos fundamentais: a vinculação jurídica da Administração Pública no Estado Constitucional de Direito*. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Florianópolis, p. 205, 2011. p. 114.

80 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Da constitucionalização do Direito Administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e da discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, M. S. Z.; RIBEIRO, C. V. A. (Org.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. pp. 180-1.

81 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 151-167, jan. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141>>. Acesso em: 19 Mar. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4141>. p. 158.

82 O autor aponta a discussão acerca da necessidade de absorção pela ordem jurídica das normas extrajurídicas ou a desnecessidade deste processo e sua autonomia, mas acaba por concordar com a primeira corrente. (OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 763-4).

83 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 258.

Na visão da legalidade estrita, o administrador deve “agir sempre *secundum legem*, jamais *contra legem* ou mesmo *praeter legem*”⁸⁴. Ocorre que, diante da mudança de paradigma pós-moderna, há autores com posicionamentos correlatos a uma *neoconstitucionalização* deste ramo do Direito, a fim de que as normas constitucionais tenham aplicação direta, independentemente de lei em sentido formal, conforme BINENBOJM:

a atividade normativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição)⁸⁵.

Ainda, quanto ao tema, DUQUE e RAMOS⁸⁶ esclarecem:

É bem verdade que o chamado neoconstitucionalismo possui diferentes vertentes e concepções, que não necessariamente afrontam a ordem constitucional vigente. Entretanto, não raro se verifica o que se poderia denominar de concepção neoconstitucional radical, que defende a aplicação direta de princípios da Constituição, como método geral de decisão, em atitude de desrespeito geral à legislação ordinária, sem que se constate, necessariamente, a incompatibilidade das leis eventualmente desprestigiadas, com a ordem constitucional.

Neste último sentido, o neoconstitucionalismo enfraqueceria a positividade, vez que desconfia da “política ordinária como instrumento apropriado”, contrariando a ideia dos procedimentos democráticos, bem como torna impossível saber de antemão o conteúdo das normas, não exclui razões de primeira ordem do destinatário da norma e permite a constante rediscussão da constitucionalidade da lei⁸⁷.

Além disso, o paradigma pós-positivista baseia-se na “ideia de emancipação social pelo Direito”, segundo o qual as normas constitucionais não são apenas um limite à atuação estatal, mas um modo de afastar a aplicação das normas infralegais. Quanto aos valores constitucionais, sua interpretação, que perpassa argumentos políticos, geram, igualmente a

84 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 88.

85 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 38.

86 DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael. Comentários ao art. 1º da Lei 13.655/2018. In: _ (Coord.) *Segurança jurídica na aplicação do direito público*, Salvador, Editora JusPodivm, 2019. pp. 17-8.

87 GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 271-280.

insegurança jurídica⁸⁸. De qualquer modo, no caso brasileiro, aquela finalidade social não parece ser cumprida, haja vista a interferência de outros subsistemas sociais (Economia, Política, Religião) na aplicação das normas, agindo, na verdade, como meio de manutenção das diferenças sociais⁸⁹. Acerca disso, ao contrário do que ocorria no momento histórico da legalidade *stricto sensu*, hoje há uma desconfiança do legislativo⁹⁰.

Com isso, a ideia de que a Administração pode retirar sua competência diretamente das normas constitucionais (mormente dos princípios), encerra uma visão eminentemente neoconstitucionalista e, portanto, pós-positivista, na medida em que se permitiria a “atividade administrativa *contra legem*, desde que fundada em norma constitucional”, bem como o exercício de “atividades *praeter legem*, i.e., onde não houver lei permissiva, mediante vinculação direta ao texto constitucional”⁹¹. Em outras palavras, a legalidade *lato sensu* aproxima-se à noção neoconstitucionalista de sobreinterpretação da Constituição, sendo objeto desta pesquisa a sua influência sobre o conceito de reserva legal, tradicionalmente positivista, como se verificará nos próximos tópicos.

2.2 RESERVA LEGAL

O princípio da legalidade administrativa pode ser percebido de dois modos: a *primazia da lei* e a *reserva legal*, os quais foram estabelecidos, primeiramente, pelo jurista alemão Otto Mayer⁹². Este último está diretamente relacionado com as normas atribuidoras de competência, haja vista que limita a atividade da Administração, de modo que esta só possa agir a partir da expressa previsão legal ou diretamente de norma constitucional permissiva, conforme o paradigma adotado. Dessa forma, analisaremos os conceitos de reserva legal e de reserva constitucional e, após, os conceitos de reserva relativa e reserva institucional, de modo a evidenciar as alterações propiciadas pelo pós-positivismo.

88 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009. p. 291.

89 SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. p. 17.

90 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 17.

91 FONTE, Felipe de Melo. Para além da legalidade: a constitucionalização do direito administrativo através do princípio da juridicidade, algumas propostas. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Livraria Editora Renovar Ltda., ano 4, nº 13, janeiro a março, 2009. Capítulo IV.

92 BORTOLI, Adriano de. *Legalidade administrativa e garantia dos direitos fundamentais: a vinculação jurídica da Administração Pública no Estado Constitucional de Direito*. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciência Jurídicas. Santa Catarina, p. 205. 2011. p. 71.

Aqui nos importa esclarecer que a *competência administrativa*, como instituto jurídico, pode ser entendida a partir de dois vieses⁹³, conforme mais ou menos seguido por Franco Sobrinho⁹⁴, em obra sobre o tema. De um lado, observamos este conceito sob um viés *jurídico-político*, relacionado diretamente com a divisão do poder em sua origem constitucional e a estruturação do próprio ordenamento, razão pela qual é estudada pela Ciência do Direito e pelo Direito Constitucional. A outra perspectiva seria a que denominamos de *administrativa-organizacional*, que percebe a competência como meio para atingir a finalidade desta função estatal. Neste estudo, importa-nos a análise da reserva legal e da competência administrativa pelo primeiro viés apresentado, passando-se à sua análise.

2.2.1 Reserva de lei e Reserva constitucional

Consoante MAFFINI⁹⁵, ao princípio da legalidade, a fim de melhor ser compreendido, podem-se atribuir dois significados: *primazia da lei e do Direito* e *reserva legal*. O primeiro relaciona-se com a inafastabilidade da lei em relação aos demais atos do Estado e o segundo com a lei como fundamento da ação estatal. Ainda, o autor leciona que a legalidade como primazia da lei e do Direito “mostra-se evidente e plenamente funcional”, ao ser aplicada como parâmetro de validade da atuação administrativa. Já em relação à reserva legal, aduz⁹⁶:

Todavia, não se mostra adequada a aplicação da noção de juridicidade no tocante à reserva legal, sobretudo para os fins de outorga de competências administrativas. Desta forma, assim que não se mostra adequado invocar o interesse público (ou sua suposta supremacia) para os fins de se criar regras

93 Ruy Cirne Lima (*Princípios de Direito Administrativo*, 2007, pp. 391-3) afirma que o ordenamento brasileiro adotou a tese, vinculada à doutrina anglo-saxã, que adota as regras do Direito das Gentes em matéria de competência originária. Desse modo, esta é limitada pela comunidade internacional, sendo separada por cortes verticais, segundo a matéria (edição do direito, jurisdição e administração em sentido estrito), e por cortes horizontais, segundo a matéria e o lugar (poderes federal, estaduais, municipais). Este último critério também é utilizado para a especificação da competência dos agentes públicos. Ainda, o referido autor alude à partição da competência em Direito Administrativo, separando-a em oito momentos: a divisão das funções políticas (legislativa, administrativa e judiciária); a autonomia dos entes federados; a organização administrativa e judiciária dos Territórios; a organização dos Ministérios, Secretarias e Diretorias, conforme o ente federado; a divisão dos agentes das pessoas administrativas, segundo o lugar e a matéria. No mesmo sentido, Heinen (*Comentários à Lei Federal do Processo Administrativo*, 2015, pp. 160-2) afirma que a distribuição de competências origina-se na Constituição Federal e na divisão dos entes federativos, o que dará origem à competência eminentemente administrativa.

94 FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. *Da competência administrativa: origens constitucionais e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Ed. Resenha Universitária, 1977.

95 MAFFINI, Rafael. Juridicidade administrativa e controle da administração pública. In: ROSSI, Benoni (org.). *Estudos da Escola Corporativa Dante Rossi*. Porto Alegre: Escola Corporativa Dante Rossi, 2019. pp. 105-6.

96 Ibidem, pp. 114-5.

de competências ou prerrogativas em favor da Administração Pública, igualmente não se poderia invocar tal noção ampla de legalidade administrativa, para os fins de se atribuir competências à Administração Pública. Dito de outro modo, a juridicidade administrativa, a priori, é noção que há de restar confinada na faceta da primazia da lei e do Direito, justamente porquanto relacionada com a validade da ação administrativa, sendo indevido estendê-la para a seara da reserva legal.

Em sentido contrário daquele referido pelo autor, MIRAGEM⁹⁷ ressalta aquela distinção de significados da legalidade, afirmando que, frente à constitucionalização das fontes de normatividade da Administração Pública, a reserva legal torna-se a *reserva da Constituição* e, acerca desta noção, continua⁹⁸:

[as normas constitucionais] não mais condicionam a ação administrativa à prévia existência de lei em sentido formal e às normas administrativas produzidas à reprodução do texto legal. Vincula-se a Administração Pública à finalidade de interesse público, traduzida juridicamente como finalidade expressa na Constituição ou na lei. Porém, a ausência de lei formal não desnatura ou impede a ação administrativa. Ao contrário, há hipóteses que vão exigir, com maior urgência, a intervenção normativa da Administração visando à operacionalidade ou estabilidade de determinadas situações jurídicas.

Ainda, BINENBOJM⁹⁹ demonstra a constitucionalização do Direito Administrativo, por meio da qual se substitui a lei pela Constituição, passando a ser esta o fundamento primeiro do agir administrativo. Daí porque passa a defender que este diploma é “norma diretamente habilitadora da competência administrativa e como critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa”¹⁰⁰. Igualmente, CANOTILHO¹⁰¹, ao informar que “o princípio da legalidade é substituído pelo princípio da constitucionalidade nos casos em que esta serve como ‘habilitação’ imediata do agir da administração”.

SUNDFELD¹⁰² é contrário a esta modificação da legalidade, a qual propõe a mudança do critério de vinculação ao Parlamento pela vinculação à Constituição, citando a obra de Binenbojm. Isso porque a Constituição Federal de 1988 estabelece expressamente que a

97 MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 176.

98 Ibidem, p. 178.

99 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 37.

100 Idem.

101 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 633.

102 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 223.

submissão ao Direito da Administração Pública dá-se por meio da lei formal, a partir da qual sua competência retira suas bases e limites. Naquela teoria neoconstitucionalista, com isso, apesar de não se desprezarem as leis, haveria uma tendência de supervalorizar a Constituição em relação a estas.

Ainda, o autor¹⁰³ relata que o Direito “predetermina por inteiro” todos os atos da Administração, vez que, nas deliberações desta, “entram a política, a técnica, a subjetividade etc.”, sobre as quais haveria um controle jurídico. Entretanto, “há também influências e controles não jurídicos, de dentro ou de fora das instituições estatais”, não fazendo sentido que “na vigência do regime democrático, os controles jurídicos absorvam o campo natural dos controles não jurídicos”. O entendimento que retira a Política da Administração, reservando toda deliberação pública ao Legislativo, “estigmatiza a Administração Pública como não democrática”¹⁰⁴, apesar de todos os mecanismos neste sentido que hoje esta possui. Assim, SUNDFELD¹⁰⁵ relata que “a sacralização da Constituição ocorreu a partir da década de 1980”, momento em que se limitou o espaço de deliberação dos dirigentes, negando-lhes competência para criação jurídica. Com isso, aumenta-se o espaço dos profissionais do Direito, os quais ganham mais poder, por meio da hipervalorização destes. De modo semelhante, em face do surgimento do neoconstitucionalismo, MOREIRA NETO atenta para dois fenômenos contemporâneos irmãos: “o da *juridicização da Política* e da *politização do Direito*”¹⁰⁶, o que é corroborado por MARTINS¹⁰⁷, ao afirmar que o controle pelo Judiciário tornou-se mais incisivo, sendo a Política integralmente juridicizada.

Ainda, JUSTEN FILHO¹⁰⁸ leciona que a substituição da legalidade pela constitucionalidade não é possível, haja vista a atividade administrativa “depende, usualmente, da existência de uma lei propriamente dita”, sendo a Constituição insuficiente para discipliná-la e, por isso, é indispensável a lei como “garantia específica e precisa da existência de normas concretas e determinadas”.

103 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 239.

104 Ibidem, p. 240.

105 Ibidem, pp. 241-2.

106 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 117.

107 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 16.

108 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo* [livro eletrônico]. 4ª ed. baseada na 12ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Item 4.10.3.1.

Em sentido similar, CANOTILHO¹⁰⁹ alerta para a admissão de competências não escritas, as quais, aceitas indiscriminadamente, violam o princípio da conformidade funcional (impossibilidade de modificações no quadro das competências por meio de interpretação), da tipicidade e da indisponibilidade de competências. Com isso, “a força normativa da constituição é incompatível com a existência de competências não escritas, salvo nos casos de a própria constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado”¹¹⁰.

Parece-nos que, ao contrário do que se disse¹¹¹, OTERO não se coaduna com aquela reserva de constituição, aduzindo expressamente que (i) as normas de competência não possuem conteúdo axiológico e dependem necessariamente de lei positivada¹¹² e (ii) na falta ou ausência de lei, os órgãos administrativos encontram-se adstritos a implementar e aplicar tais normas constitucionais no exercício da respectiva atividade¹¹³. Quanto à substituição da lei pela Constituição, após apresentar diversos exemplos no ordenamento português, o autor aduz que este fenômeno ocorre de modo que aquela figure como “critério de decisão administrativa”¹¹⁴. Isto é, como se verá adiante, o autor restringe a aplicação da legalidade *lato sensu* à primazia da Constituição, não se referindo à reserva legal e continuando para afirmar que a legalidade tendencialmente principialista diminui a função garantística da lei, gera incerteza e insegurança jurídica, culminando em um governo de juízes¹¹⁵. Neste sentido, há uma “falta de aderência entre o que o direito positivo efetivamente contém e o que os juristas dizem que ele é, ou deveria ser”¹¹⁶.

109 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 492.

110 Ibidem, p. 493.

111 MOTTA, Fabrício. O paradigma da legalidade e o Direito Administrativo. In: DI PIETRO, M. S. Z.; RIBEIRO, C. V. A. (Org.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 223. Em nossa leitura, o trecho citado pelo autor de Paulo Otero (*Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 740) na verdade faz referência a hipóteses taxativas da Constituição Portuguesa de 1976, nas quais esta possibilita a atividade administrativa em caso de não intervenção do legislador infraconstitucional. Ainda, a menção realizada pelo autor a João Batista Gomes Moreira refere-se ao controle da Administração e, portanto, à primazia da Constituição, como forma de contenção dinâmica da juridicidade, e não à reserva legal.

112 OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 26.

113 Ibidem, p. 741.

114 Ibidem, p. 743.

115 Ibidem, pp. 168-169.

116 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 65

Em face do sistema jurídico português, LOMBA¹¹⁷ esclarece haver uma *reserva constitucional exclusiva* para os órgãos de soberania (Presidente da República, Assembleia da República, Governo e Tribunais), sendo esta uma projeção do princípio da tipicidade. Assentando-se na *natureza modal-instrumental* das competências (que são meios para persecução das atribuições explicitadas na Constituição), o autor¹¹⁸ descreve que estas podem ser ampliadas pelo legislador, desde que sustentado na compatibilidade funcional daquelas, bem como não ser possível a sua descaracterização. Isto é, ao legislador competiria integrar novas competências instrumentais, sendo que “a arrumação de competência entre os órgãos de soberania tem-se fundamentalmente apoiado na teoria do núcleo essencial de competências, segundo a qual cada órgão deverá estar dotado das competências correspondentes ao núcleo essencial das funções que desempenha”¹¹⁹.

SUNDFELD¹²⁰, em face desta discussão, relata que:

Assim, por exemplo, quem quer valorizar o Legislativo frente ao Executivo tende a defender a legalidade quase como uma *reserva total de lei*, de modo que praticamente todas as normas teriam de vir do Legislativo; quem é favorável à existência de uma ampla regulação econômica feita pelo Estado, que precisa ser ágil e dinâmica, tende a defender um poder normativo mais amplo para a Administração, reservando-se à lei apenas decisões substantivas (uma *reserva do básico para a lei*).

De outro lado, os que defendem o máximo fortalecimento do poder dos juízes frente aos administradores públicos têm uma *visão maximalista de Direito*, isto é, tendem a encontrar na Constituição, nas leis e nos princípios – especialmente em suas fórmulas mais abertas e indeterminadas – condicionamentos ao exercício da atividade administrativa que outros não veem. Com isso, pretendem limitar a liberdade dos administradores.

Ocorre que há uma aparente contradição neste último fenômeno, dado que o movimento neoconstitucionalista e a sua afeição aos valores democráticos deveria prestigiar as instituições que deles são o resultado, especialmente a legislação, provinda da representação popular. Entretanto, parece ter ocorrido o oposto, de modo que a “onda principiológica” pusera uma série de princípios vagos e superficiais em hábeis mãos

117 LOMBA, Pedro. Artigo 110°. In: *Comentário à Constituição Portuguesa, III volume, 1º tomo: princípios gerais da organização do poder político, artigos 108º a 119º*. OTERO, Paulo (Org.), Coimbra, 2008. pp. 48.

118 Ibidem, pp. 50-51.

119 Ibidem, p. 51.

120 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 46.

profissionais; dissera estar neles, e não nas instituições e nas quotidianas deliberações políticas das leis e atos da Administração, a verdadeira essência do Direito Administrativo”¹²¹.

Em suma, a pergunta deste trabalho está ligada à aplicação do conceito de legalidade *lato sensu* à reserva legal, de modo que seja (ou não) possível a outorga de competências administrativas a partir da Constituição, especialmente de princípios, conforme se depreende dos autores mencionados. Assim, há juristas que defendem o desenvolvimento do sistema jurídico para admitir uma “reserva de constituição”, a qual concederia imediatamente competência à Administração. Entretanto, o problema que se coloca, em nosso entender, é a “legalidade tendencialmente principialista” subjacente a esta construção, como alerta OTERO¹²², de modo que se vincule a conduta administrativa a uma finalidade (leia-se, um princípio), sendo permitida a sua atuação sem a autorização de lei formal (leia-se, uma regra). Para a análise desta concepção, posteriormente analisaremos as normas de competência, de modo que se evidencie esta dicotomia regra-princípio quanto ao tema.

2.2.2 Reserva relativa e Reserva institucional

A reserva de lei disciplina o exercício funcional e limita a atividade estatal¹²³, estando intimamente ligada com problemas de delimitação de competências, inseridos nos “arranjos organizatórios do poder político”¹²⁴, possuindo duas dimensões:

A dimensão negativa significa que nas matérias reservadas à lei está proibida a intervenção de outras fontes de direito diferente da lei (a não ser que se trate de normas meramente executivas da administração). Em termos positivos, a reserva da lei significa que, nessas mesmas matérias, a lei deve estabelecer ela mesma o respectivo regime jurídico, não podendo declinar a sua competência normativa a favor de outras fontes (proibição da ‘incompetência negativa do legislador’)¹²⁵.

Dessa forma, a reserva legal ocorre “quando se restringe a possibilidade de disposição normativa sobre dada matéria à disciplina de lei em sentido formal, ou seja, deliberada e

121 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. p. 70.

122 OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. pp. 168-169.

123 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Da competência administrativa: origens constitucionais e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Ed. Resenha Universitária, 1977. p. 48.

124 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 633-4.

125 Ibidem, p. 635.

aprovada pelo Poder Legislativo”¹²⁶. MIRAGEM¹²⁷ esclarece que a Constituição brasileira atual, como regra, reserva todos os assuntos para serem disciplinados por lei, não havendo, neste caso, “reserva de matéria a regulamento ou disposição por norma administrativa, o que não quer significar a inexistência da reserva de lei”.

Em sentido contrário, JUSTEN FILHO relata que a separação de poderes “pode acarretar vedação a que certas matérias sejam disciplinadas por lei”, sendo que o exercício das competências privativas do Executivo e Legislativo faz-se por meio diverso da lei¹²⁸. Ainda, MORAES¹²⁹ argui que este conceito apenas se aplica nos campos materiais especificamente determinados pela Constituição, havendo dois tipos:

reserva legal absoluta quando a norma constitucional exige para sua integral regulamentação a edição de lei formal, entendida como *ato normativo emanado do Congresso Nacional elaborado de acordo com o devido processo legislativo constitucional*. Por outro lado, temos a *reserva legal relativa*, quanto a Constituição Federal, apesar de exigir edição de lei formal, permite que esta fixe tão-somente parâmetros e atuação para o órgão administrativo, que poderá complementá-la por ato infralegal, sempre, porém, respeitados os limites ou requisitos estabelecidos pela legislação.

CIRNE LIMA aponta como característica do Estado de Direito a reserva da lei, a qual tem importante papel na proteção da propriedade e liberdade pessoais¹³⁰. Tal mecanismo protege os indivíduos dos arbítrios de quem exerce o poder político e assegura maior consenso e estabilidade às normas, vez que emanadas pelo Legislativo¹³¹. Nesse sentido, a reserva total de lei, como solução de menor risco, não atende aos deveres prestacionais do Estado, com exigências de eficiência e agilidade, ao que serviria a maior independência do Judiciário e Legislativo, controladores da atividade administrativa¹³². Desse modo, “a lei torna-se o pressuposto e o fundamento de toda atividade administrativa”, havendo uma “exigência de densidade legal acrescida e uma vinculação mais intensa - sob os aspectos

126 MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 178.

127 Idem.

128 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo* [livro eletrônico]. 4ª ed. baseada na 12ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Item 4.10.6.

129 MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. pp. 37-8.

130 CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 47.

131 MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 179.

132 Ibidem, p. 193.

formal, procedimental e substancial - da atividade administrativa à lei”¹³³, este o princípio da reserva da lei parlamentar.

Haja vista o objeto desta pesquisa, ressaltamos a possibilidade de existência de uma *reserva de norma jurídica*, significando “apenas exigência de uma disciplina normativa geral que pode ser alcançada através de atos normativos inferiores à lei”, pelo que é necessária “uma norma, mas não uma norma em forma de lei”¹³⁴.

REZENDE OLIVEIRA sustenta a *vinculação negativa* (lei como limite da atuação administrativa, podendo atuar na ausência desta) e a *vinculação positiva* (administrador apenas pode atuar com prévia autorização legal) poderem coexistir, dependendo da espécie de atuação que se trata:

Ademais, com a crise da concepção liberal do princípio da legalidade e o advento do Pós-positivismo, a atuação administrativa deve ser pautada não apenas pelo cumprimento da lei, mas também pelo respeito aos princípios constitucionais, com o objetivo de efetivar os direitos fundamentais. Assim, por exemplo, no tocante à “administração de prestações”, quando o Estado gera comodidades e utilidades para a coletividade, sem a necessidade do uso de sua autoridade (poder de império), bem como na atuação consensual da Administração, o princípio da legalidade deve ser compreendido na acepção da vinculação negativa. A ausência de restrições aos direitos fundamentais e o próprio consenso do cidadão serviriam como fonte de legitimação para essa atuação pública, sem a necessidade de respaldo específico na lei, desde que respeitado o princípio da isonomia.¹³⁵

Em sentido similar, CANOTILHO¹³⁶ aduz que, tratando-se de direitos fundamentais, a reserva legal toma o sentido de vinculação positiva, haja vista significar que somente a lei pode restringir direitos, liberdades e garantias. Quanto à administração de prestações, defende uma reserva de lei fundada no princípio da igualdade material e do princípio democrático, sendo que “à lei compete definir o sentido e o fim das medidas relevantes sob o ponto de vista dos direitos fundamentais”. BINENBOJM¹³⁷, também neste sentido, esclarece que, em face de restrições a direitos fundamentais, consubstancia-se uma *reserva absoluta de lei*, quando toda

133 BORTOLI, Adriano de. *Legalidade administrativa e garantia dos direitos fundamentais: a vinculação jurídica da Administração Pública no Estado Constitucional de Direito*. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. p. 49. 2011.

134 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 637.

135 REZENDE OLIVEIRA, Rafael Carvalho. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: MÉTODO, 2018. Item 3.2.1.

136 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 638-41.

137 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 150.

a matéria deve estar contida em lei no sentido formal, “não existindo possibilidade de transpasse, ainda que parcial, desta competência normativa reservada ao Poder Legislativo a órgão da Administração”.

De outro lado, FURTADO¹³⁸ leciona que a necessidade pela lei em sentido formal só é necessária para: a criação de entidades ou órgãos públicos; “obrigar particular a fazer ou deixar de fazer alguma coisa”; bem como outras medidas para as quais a Constituição expressamente tenha exigido lei. Ainda, descreve:

Se existe órgão ou entidade administrativa dotado de competência genérica para desenvolver atividades administrativa, não é necessário que seja aprovada lei que trate especificamente de cada ato ou atividade a ser desenvolvida por essas unidades, salvo se esse ato ou essa atividade administrativa impuser ao particular a obrigação de fazer ou de deixar de fazer algo.

No amplo campo das atividades prestacionais (saúde, educação, trabalho, lazer, proteção à maternidade ou à infância), o Estado não atua por meio de atos que importem em qualquer tipo de imposição unilateral de vontade. Exigir que cada programa de governo, que cada ato praticado ou atividade desenvolvida tenham sido detalhadamente disciplinados por meio de lei se trata de equívoco acerca da interpretação do princípio da legalidade.

Essa visão extremamente restritiva pode ser justificada em períodos de exceção democrática, em que o Poder Executivo carece de legitimidade. Essa é, todavia, destoante da realidade dos dias atuais, em que o Executivo está legitimado pelo voto popular e que dele se espera maior agilidade para atender às novas necessidades da população.

Com isso, defende uma *reserva institucional*¹³⁹, sendo necessária a lei em sentido formal “somente quando a interferência estatal impuser obrigação ou abstenção aos particulares ou quando a Constituição Federal expressamente a exigir”¹⁴⁰. O legislador deve fazer uso da técnica da legislação em branco, definindo somente as atribuições básicas e

138 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. pp. 81-82.

139 Importa referir que esta expressão é utilizada também por Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, a fim de nomear um fenômeno da ciência política, nos seguintes termos: “a reserva institucional pode ser compreendida como o ato de evitar ações que, embora respeitem a letra da lei, violam claramente o seu espírito. Quando as normas de reserva são robustas, políticos não usam suas prerrogativas institucionais até o limite, mesmo que tenham o direito legal de fazê-lo, pois tal ação pode pôr em perigo o sistema existente” (*Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2018. Capítulo 5). É em contexto diverso, portanto, no qual Lucas Rocha Furtado utiliza a mesma expressão.

140 Em sentido contrário, Marçal Justen Filho: “o princípio da legalidade não significa a exigência de disciplina legal expressa. A disciplina jurídica é produzida pelo conjunto das normas jurídicas, o que demanda compreender que, mesmo sem existir dispositivo literal numa lei, o sistema jurídico poderá impor restrição à autonomia privada e obrigatoriedade de atuação administrativa. Em suma o princípio da legalidade não significa a exigência de interpretação literal das leis para determinar o que é permitido, proibido ou obrigatório” (*Curso de direito administrativo* [livro eletrônico]. 4ª ed. baseada na 12ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Item 4.10.5).

deixando para as normas infralegais o detalhamento. Mesmo assim, relata que “a visão estática e formal do Direito da Organização Administrativa é válida, tão somente, para a definição da estrutura administrativa do Estado”, impondo limites, mas nem toda a atividade da Administração prescinde de lei, como nos casos que o Estado é agente mediador de necessidades da sociedade, colaborador ou parceiro em atividades de utilidade pública ou empresariais, incentivador de atividades desenvolvidas por particulares ou regulador de serviços públicos delegados. Nestes casos, deve-se reconhecer “maior nível de informalidade” à atuação administrativa, “devendo o controle sobre essas atividades estatais pautar-se sobretudo pela aferição dos resultados e pela observância de princípios da moralidade, da impessoalidade, da publicidade etc”¹⁴¹.

A *Administração Pública informal*, então, teria os devidos recursos orçamentários indicados e a competência genérica para desenvolver programas sociais, com vistas a satisfazer as necessidades da sociedade. A lei continua, neste sistema, com o papel de “evitar conflito de atribuições entre diferentes unidades administrativas” e “conferir segurança jurídica à sociedade e ao próprio Estado”. Ainda, não se trata de “conferir carta-branca” ao administrador, que deve motivar os seus atos e realizar o interesse público, sendo os contratos nos quais a Administração age como particular exemplo de atuação independentemente de previsão legal. Com isso, diferentemente da discricionariedade, trata-se da ausência de lei, encontrando-se o administrador obrigado a cumprir “determinadas finalidades institucionais, vê-se ele obrigado a seguir certos procedimentos, praticar atos ou celebrar contratos não autorizados ou disciplinados em lei”. Em suma, desde que haja competência genérica e previsão orçamentária, a Administração está legitimada, “independentemente de lei autorizativa específica, [a] desenvolver atividades que extrapolem os limites internos da Administração e que afetem a sociedade, desde que isto importe em benefícios ou em vantagens para a sociedade”¹⁴².

MARRARA¹⁴³, de modo semelhante, aduz que existem vários níveis de vinculação da conduta ao ordenamento jurídico, assim, “quanto mais restritiva for a ação do Estado em relação à sociedade, mais clara, explícita e reforçada deverá ser sua legitimação democrática”. Deste modo, ocorre uma “legalidade forte” nos casos de “manifestações estatais

141 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. pp. 88-2 e 121-3.

142 Ibidem, pp. 123-5.

143 MARRARA, Thiago. *Manual de Direito Administrativo: fundamentos, organização e pessoal*. São Paulo: Kindle Direct Publishing, 2017. Item 3.4.1.

significativamente limitativas da liberdade, da propriedade e de outros direitos fundamentais”, quando, “sem previsões relativamente minuciosas, a Administração não poderá agir sob pena de violar a legalidade”. Isto é, “toda e qualquer ação significativamente restritiva deverá estar prevista na Constituição ou em uma lei como instrumento construído pelos representantes do povo”. Entretanto, em situações nas quais a Administração “presta serviços, gera comodidades ao cidadão e promove seus direitos fundamentais”, há um “padrão de vinculação mais brando, mais aberto”, daí porque se falar em uma “legalidade mais fraca, ou de compatibilidade com o direito”. Assim, nestas hipóteses, “salvo quando a Constituição exigir, o legislador não necessitará descrever em detalhes as tarefas administrativas e seus modos de execução”, a Administração “tem mais liberdade de ação, mais espaço de criatividade e, inclusive, poderá estabelecer suas condutas com base em princípios, interesses públicos e direitos fundamentais diretamente previstos na Constituição”.

Ainda, além deste sentido de reserva institucional, o termo *atividade administrativa informal* é utilizado com outra conotação (mas que lhe é correlata), referindo-se a uma atuação pela Administração Pública com as seguintes características¹⁴⁴:

a) “tendencial desprocedimentalização, nos casos em que as actuações informais surjam à margem de práticas expressamente reguladas” - “uma coisa será, porém, certa: o caráter *praeter legem* deverá encontrar um fundamento numa norma, no mínimo, competencial e, no máximo, num quadro procedimental”;

b) tendencial caráter não obrigatório, sendo a via informal “uma via alternativa à típica, à imperativa, à rigidamente procedimentalizada, logo, a Administração, gozando de discricionariedade quanto aos meios, poderá enveredar por esse ‘atalho’”, mesmo assim, “haverá casos em que a actuação informal constitui o *modus operandi* num determinado domínio”;

c) “alteração da realidade psicológica entre as partes, fruto de uma actuação jurídica ou material à qual subjaz um efeito (jurídico) assente no princípio da confiança”, sendo este “meramente mediato, mas é inerente à opção pela actuação informal a qual, não sendo imperativa, cria novas percepções sobre uma realidade jurídica que ficam salvaguardadas à luz da boa-fé objectiva e subjectiva”.

144 GOMES, Carla Amado; LOPES LUÍS, Sandra. O dom da ubiquidade administrativa: reflexões sobre a actividade administrativa informal. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. 1 (2012), Nº 7, 3999-4053. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1128-2457.pdf>. Acesso em: 21/04/20. pp. 13-14.

Isso porque a forma do ato administrativo está intimamente ligada à noção de reserva legal, conforme lecionam GOMES e LOPES LUÍS¹⁴⁵:

A submissão da Administração à lei passou pela apologia da forma: esta é garantia de transparência, de igualdade, de racionalidade. Porém, a forma é também rito, rigidez, tempo. Gradualmente, a garantia da liberdade começa a ser encarada como entrave à eficiência e à qualidade do serviço público e a Administração tem que puxar pela imaginação e valer-se de uma espécie de "reserva de flexibilidade". A actividade informal surge como um universo paralelo de formas declinadas das actuações típicas, gémeas imperfeitas e casualmente *light*, potenciadoras da celeridade e da consensualização.

O que nos interessa, no entanto, é as autoras expressamente aduzirem que “estas vantagens, todavia não devem neutralizar as vinculações a que uma Administração em Estado de Direito se encontra filiada”, visto que “o efeito simplificador pode facilmente resvalar numa deslegalização desigualitária e ilícita”¹⁴⁶. Ainda, mencionando o autor alemão, a fim de corroborar seu posicionamento, a “actuação à margem dos modelos típicos não pode equivaler a actuação à margem da lei – sublinha Schmidt-Assmann, descartando a possibilidade de, através da informatização [uma das espécies de atuação informal], se perpetrar uma fraude ao bloco de legalidade que submete a Administração”¹⁴⁷, devendo-se, então, respeitar os princípios constitucionais, inclusive o da “legalidade – pelo menos no plano competencial”¹⁴⁸, dado que “por mais ‘original’ que seja a solução, ‘tradicional’ há-de continuar a ser a submissão à lei e ao Direito”¹⁴⁹.

Neste sentido, então, explanam¹⁵⁰ que “a actuação informal é para-legal, mas não ilegal”, porquanto “a ausência de regime não equivale, todavia, a ausência de vinculações”, sendo importantes os “princípios que orientam a legalidade material administrativa na conformação das situações jurídicas informais” e, ainda:

Vale a pena deixar aqui duas notas de desenvolvimento quanto a estas vinculações: por um lado, para frisar que a subordinação à legalidade se projecta no plano mais vasto da juridicidade, o que dispensa, por exemplo, a existência de uma norma especificamente atributiva da competência para a prática da actuação informal – podendo estas filiar-se simplesmente na

145 GOMES, Carla Amado; LOPES LUÍS, Sandra. O dom da ubiquidade administrativa: reflexões sobre a actividade administrativa informal. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. 1 (2012), Nº 7, 3999-4053. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1128-2457.pdf>. Acesso em: 21/04/20. p. 02.

146 Ibidem, p. 03.

147 Idem.

148 Ibidem, p. 24. As autoras informam que os autores alemães, em face de seu ordenamento, colocam como limite material à atuação informal expressamente o princípio da reserva de lei.

149 Ibidem, p. 04.

150 Ibidem, pp. 21-2.

norma de atribuições de certa entidade pública. Em última instância, é a própria vinculação da Administração ao princípio da juridicidade que lhe atribui uma competência informal genérica para a prática de actos que prossigam o interesse público concretamente entregue à entidade, ainda que flexivelmente¹⁵¹.

Já OTERO¹⁵² leciona que toda a atividade administrativa, tanto interna quanto externa, encontra-se subordinada à legalidade. Negar isto é adotar “um modelo administrativo historicamente ultrapassado no contexto de um Estado de Direito”, visto que se estaria diante de um modelo próximo ao do monarca absoluto, não submetido à lei, negando-se, portanto, o “respeito pela vontade político-democrática do legislador” e a exigência do controle jurisdicional¹⁵³. O Estado de Direito “nunca pode renunciar a um elemento formal e a decisões formais, possuindo mesmo uma tendência para formalizar o informal” e, com isso, a atividade administrativa informal, podendo ser válida ou inválida, “nunca se poderá desenvolver em termos violadores das normas de competência”¹⁵⁴. Este tipo de atuação deve levar em consideração a principiologia jurídica, não se traduzindo em um espaço ajurídico, devendo haver um fundamento jurídico para tanto, sendo que “nunca comporta um agir completamente fora da juridicidade, nem habilita por si uma actividade *contra legem*, antes permite situá-la genericamente no quadro de uma actuação *praeter legem*”¹⁵⁵. No campo administrativo procedimental, há uma necessidade por fundamento que se encontra “na própria norma que confere competência material a um determinado órgão administrativo”, bem como se torna “certo que nas áreas sem regulação jurídica específica, desde que respeitados os princípios gerais resultantes da Constituição e vinculativos de qualquer actuação administrativa, poderá a Administração Pública agir informalmente”¹⁵⁶. Por fim, outro fenômeno jurídico é observável:

[...] segundo a óptica da teoria da competência, é possível registrar que o desenvolvimento informal e constante do exercício de poderes sem qualquer previsão legal habilitante, traduzindo uma reiterada prática destituída de um fundamento expresso na legalidade “oficial”, mostra-se susceptível de gerar

151 GOMES, Carla Amado; LOPES LUÍS, Sandra. O dom da ubiquidade administrativa: reflexões sobre a actividade administrativa informal. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. 1 (2012), Nº 7, 3999-4053. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1128-2457.pdf>. Acesso em: 21/04/20. pp. 22-3.

152 OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 180.

153 Ibidem, p. 188.

154 Ibidem, p. 189.

155 Ibidem, p. 917.

156 Ibidem, p. 918.

a formação de uma norma informal de competência que, por efeito do decurso do tempo e de aceitação geral, passa a integrar a legalidade¹⁵⁷.

Logo, a reserva legal consubstancia questão de divisão do poder político e, ao fim, de competência administrativa. Neste tópico, evidenciamos a possibilidade de tal instituto partir-se em dois: aquele que ocorre nas hipóteses nas quais há restrição de direitos fundamentais e aquele que ocorre quando não se verifica tal restrição. Assim, mormente diante da concepção pós-positivista da reserva institucional e de Administração Pública informal, as condutas neste último caso seriam contidas diretamente pelos princípios constitucionais, orientando-se pela finalidade de interesse público. Ressaltamos, a partir de GOMES e LOPES LUÍS¹⁵⁸, que, mesmo nestes casos, deve-se observar a legalidade da competência, o que é ratificado, com as diferenças expostas, por OTERO, que aduz a impossibilidade de violação das normas que legitimam a atuação administrativa. Dessa forma, a análise dos próximos tópicos, relativa às normas de competência e à dicotomia regra-princípio, aplica-se à atividade administrativa informal, porquanto esta fundar-se-ia igualmente na outorga de competência a partir de princípio (da finalidade, usualmente), como ocorre com a noção de reserva constitucional.

157 OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 920.

158 GOMES, Carla Amado; LOPES LUÍS, Sandra. O dom da ubiquidade administrativa: reflexões sobre a actividade administrativa informal. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. 1 (2012), Nº 7, 3999-4053. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1128-2457.pdf>. Acesso em: 21/04/20. p. 24.

3 RESERVA LEGAL E NORMATIVIDADE

A reserva legal, percebida como a necessária previsão normativa a fundar a atividade administrativa, depende dos estudos realizados pela Ciência do Direito quanto ao conceito de norma, a diferenciação entre as suas espécies, bem como a aplicação destas. Dessa forma, em primeiro lugar, verificaremos a aplicação das normas pela Administração Pública, que deve diferenciar as regras dos princípios e realizar a devida ponderação na sua execução. Após, focaremos na legalidade da competência, a qual, em nosso entendimento, é em grande parte resumida à questão da reserva legal. Neste tópico, descreveremos a estrutura das normas de competência e a sua função estruturante do ordenamento e, por derradeiro, a possibilidade de retirar-se poderes implícitos das normas positivadas.

3.1 APLICAÇÃO DE NORMAS

Para fins de responder a questão quanto à aplicação do conceito de legalidade *lato sensu* à reserva legal, analisaremos os aspectos relativos à interação entre as regras e os princípios, ambos espécies do gênero norma, para, após, debruçarmo-nos sobre a ponderação realizada pela Administração Pública. Este tópico busca, então, esclarecer o escalonamento hierárquico do sistema normativo, a diferença inerente entre as espécies normativas e outros conceitos que contribuem para a aplicação de normas, relacionando-os às concepções do ordenamento jurídico já apresentadas, a positivista e a pós-positivista.

3.1.1 Relações entre regras e princípios

De início, ÁVILA¹⁵⁹ assim conceitua:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

O autor, analisando as teorias neoconstitucionalistas e baseando-se nas regras e princípios como espécies do gênero norma, relata que não se pode falar em “primazia de uma

159 AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 70

norma sobre outra, mas, tão-só, de funções e eficácias diferentes e complementares”¹⁶⁰. As regras, com isso, eliminam ou reduzem “problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder”, diminuindo a “arbitrariedade e a incerteza, gerando ganhos em previsibilidade e em justiça”¹⁶¹. Ainda, quanto à organização do Estado e dos Poderes, o Constituinte decidiu:

na maior parte dos casos, fazer uma ponderação pré-legislativa, definindo, atribuindo, delimitando ou reservando fontes, autoridades, procedimentos, matérias, instrumentos e direitos que, se tivessem sua definição e aplicação vinculadas a uma ponderação horizontal destinada a atribuir-lhes algum peso, talvez terminassem sem peso algum¹⁶².

Em relação às regras constitucionais, os princípios do mesmo plano não podem afastá-las de sua aplicação, porque as razões daquelas, autoritativas, impedem o “uso das razões decorrentes dos princípios”, contributivas¹⁶³. Desse modo, há uma solução legislativa prévia, devendo a regra constitucional prevalecer, vez que resistente a uma ponderação horizontal, com a própria Constituição objetivando o enrijecer, e não a flexibilização. Quanto à sua interpretação, os princípios constitucionais não podem modificar as hipóteses de incidência da regra constitucional “para além do significado mínimo de suas palavras”¹⁶⁴.

Já as regras infraconstitucionais só podem ser afastadas pelos princípios constitucionais quando aquelas forem inconstitucionais ou “sua aplicação for irrazoável, por ser o caso concreto extraordinário”. Assim, não se pode “deixar de aplicar uma regra infraconstitucional simplesmente deixando-a de lado e pulando para o plano constitucional”¹⁶⁵.

Ademais, a ordem jurídica está organizada em uma rede de relações hierárquicas e de funções específicas, sendo que a aplicação direta de princípios em prejuízo às regras

160 ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Bahia, número 17, jan./fev./mar. de 2009. p. 03.

161 *Ibidem*, p. 04.

162 *Idem*.

163 Em sentido que consideramos oposto, Juarez Freitas (*A interpretação sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. pp. 58-60) descreve que as regras devem ser “entendidas como preceitos menos amplos e axiologicamente inferiores aos princípios” sendo que “a primazia da ‘fundamentalidade’ faz com que – seja na colisão de princípios, seja no conflito de regras –, um princípio, não uma regra, venha a ser erigido como preponderante”. Assim, as regras “nunca devem ser aplicadas mecanicamente ou de modo passivo, mesmo porque a compreensão das regras implica, em todos os casos, uma simultânea aplicação dos princípios em conexão com as várias frações do ordenamento”.

164 ÁVILA, op. cit., pp. 04-05.

165 *Ibidem*, p. 06.

(paradigma da ponderação) gera um fenômeno de “antiescalonamento”, sendo que os princípios sempre servem aos casos concretos, devido à sua maior abrangência. Igualmente tal paradigma ocasiona a desconsideração do princípio democrático e da separação dos Poderes:

A Constituição Brasileira de 1988, além de estabelecer que nada poderá ser exigido senão em virtude de lei e de prever que todo poder emana do povo, que o exercerá por meio de representantes eleitos ou diretamente, reserva ao Poder Legislativo, inúmeras vezes em numerosas matérias, a competência para regular, por lei, determinado âmbito normativo. Ao se admitir o uso dos princípios constitucionais, mesmo naquelas situações em que as regras legais são compatíveis com a Constituição e o emprego dos princípios ultrapassa a interpretação teleológica pelo abandono da hipótese legal, está-se, ao mesmo tempo, consentindo com a desvalorização da função legislativa e, por decorrência, com a depreciação do papel democrático do Poder Legislativo [...] Eis o paradoxo: a interpretação centrada nos princípios constitucionais culmina com a violação de três princípios constitucionais fundamentais — os princípios democrático, da legalidade e da separação dos Poderes. Obedece-se à (parte da) Constituição, violando-a (noutra parte)¹⁶⁶.

Em sentido semelhante, segundo GARCIA¹⁶⁷, os princípios contribuem para a compatibilização entre regras, conferindo unidade ao sistema. E continua, afirmando ser um feixe de regras que identifica um princípio implícito¹⁶⁸, o qual não pode preteri-las: “as regras não podem migrar da posição de elemento informante para a de elemento informado, terminando por ser preteridas por algo que nelas encontra a sua própria razão de ser”¹⁶⁹. Com relação aos princípios explícitos, estes invariavelmente dependem de integração, tanto pelas regras quanto pelos valores sociais, sendo que

A unidade do sistema impede que aos princípios seja atribuído um conteúdo material que destoe das regras que concorrem para a sua integração. Ainda que coexistam com as regras na literalidade do texto constitucional, os princípios explícitos não formam propriamente unidades existenciais, pois o seu processo de formação exige a concorrência de outros fatores ontologicamente similares, as regras. Face ao papel desempenhado pelas regras constitucionais na integração dos princípios explícitos, aplica-se o que foi dito em relação aos princípios implícitos¹⁷⁰.

166 ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Bahia, número 17, jan./fev./mar. de 2009. p. 08.

167 GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 381.

168 Em sentido semelhante: “os princípios são proposições abstratas de segundo grau, por constituírem abstrações inferidas de leis, que, por sua vez, são proposições abstratas de primeiro grau, porque dessumidas diretamente de fatos, com o objetivo de pôr em evidência alguma invariância que especificamente os distinga e caracterize” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009. p. 77).

169 GARCIA, op. cit., p. 382.

170 Ibidem, pp. 382 e 383.

Ainda, o autor expõe a ocorrência dos seguintes conflitos e das soluções propostas: regra infraconstitucional cujo fundamento de validade está em regra constitucional, aquela deverá ser compatibilizada com o sistema constitucional; regra infraconstitucional cujo fundamento de validade está em princípio constitucional, este atuará como pressuposto de validade e diretriz de interpretação daquela; feixe de regras infraconstitucionais subjacente a princípio constitucional, quando será mantida a validade daquelas, mas deixará de ser aplicada no caso concreto¹⁷¹.

Quanto ao escalonamento do ordenamento jurídico-administrativo, este é um elemento estrutural, que se expressa pelo princípio hierárquico, sendo “expressão visível da unidade e adequação valorativa existente no sistema jurídico”¹⁷². Assim, existem seis principais fundamentos para esse relacionamento entre normas, e, portanto, seis tipos de hierarquia: procedimental, material, orgânica, lógica, axiológica e auto-justificada¹⁷³. Aqui nos interessa a *hierarquia procedimental*, de influência kelseniana, que resulta “de uma norma disciplinar a produção jurídica de outras normas, verificando-se que estas se encontram subordinadas à primeira, razão pela qual esta goza de supremacia”¹⁷⁴. Isso porque, como se verá adiante, as regras de competência, na visão de OTERO, são axiologicamente neutras, e a hierarquia procedimental possui “acerto científico em domínios jurídico-positivos axiologicamente neutros em termos de justiça, salvaguardando-se aqui, no entanto, a existência concorrencial de outros critérios de hierarquização das normas”¹⁷⁵.

O Direito, nesse sentido, possui um caráter heterolimitador, formado por mandamentos externos e autônomos, a fim de guiar a conduta do destinatário. Assim, sem critérios intersubjetivos de controle no processo de ponderação, que pode prover peso zero ao princípio (quando na concepção neoconstitucionalista), o próprio destinatário define o conteúdo da norma, usurpando, mais uma vez, o poder legislativo¹⁷⁶. Este fenômeno é

171 GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais*: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 383.

172 OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 554.

173 Ibidem, pp. 550-552.

174 Ibidem, p. 550.

175 Idem.

176 Ibidem, p. 10.

usualmente analisado pela perspectiva do juiz¹⁷⁷, mas pode ser utilizado em analogia ao administrador.

Também neste sentido, SARMENTO¹⁷⁸, segundo o qual a tendência neoconstitucionalista de invocar diretamente os princípios sem a devida fundamentação vai de encontro com o Estado Democrático de Direito, ao gerar insegurança jurídica e lesar a separação de poderes, afirma que:

As regras são indispensáveis, dentre outras razões, porque geram maior previsibilidade e segurança jurídica para os seus destinatários; diminuem os riscos de erro na sua incidência, já que não dependem tanto das valorações do intérprete em cada caso concreto; envolvem um menor custo no seu processo de aplicação, pois podem incidir de forma mais mecânica, sem demandarem tanto esforço do intérprete; e não implicam, na mesma medida que os princípios, em uma transferência de poder decisório do Legislativo, que é eleito, para o Judiciário, que não é¹⁷⁹.

Ainda, segundo SUNDFELD¹⁸⁰, aquele que utiliza dos hiper princípios “muito certamente vai desprezar as regras específicas que encontrar no caminho”, de modo a ignorar o direito positivo, “substituindo-se a ele”. Isso porque os valores jurídicos encontram-se também “espalhados nas normas mais concretas”, sendo aqueles verdadeiras hipergeneralizações “vazias, perigosas e inúteis”.

Já MARTINS¹⁸¹, em defesa da visão neoconstitucionalista, explica que este movimento “não aniquila a democracia, pois respeita a *discricionariedade* legislativa e administrativa e a liberdade privada” por meio dos *princípios formais*¹⁸². A Administração Pública, com isso, “não pode fechar os olhos para a axiologia constitucional”, e “em não raras vezes, por isso,

177 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 151-167, jan. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141>>. Acesso em: 19 Mar. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4141>. p. 164.

178 SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. p. 16.

179 Ibidem, p. 15.

180 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017. pp. 180-1.

181 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 15, nota 4.

182 Para o autor, os *princípios formais* são normas que, numa ponderação de princípios materiais, atribuem um peso maior a um destes, haja vista a ponderação pretérita realizada pelo constituinte originário, poder reformador, legislador, Administração Pública ou particular, em uma ordem decrescente de peso, respectivamente. (MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos Princípios Fundamentais. *Direito do Estado*, Ano 2016, nº 216, 20/07/2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/teoria-dos-principios-formais>. Acesso em 27/04/2020)

deve aplicar diretamente a Constituição, em que pesa à inexistência de prévia ponderação legislativa”, permitindo-se, excepcionalmente, “até mesmo o afastamento, perante o caso concreto, da ponderação legislativa”¹⁸³. Isso na esteira da terceira fase¹⁸⁴ do conceito de princípio jurídico, segundo a qual estes possuem “a estrutura qualitativa de normas jurídicas e podem, independentemente da edição de uma regra jurídica, regular as relações intersubjetivas”¹⁸⁵. Assim, até mesmo o silogismo teria evoluído “de uma perspectiva formal-mecanicista para assumir uma feição axiológico-constitutiva”¹⁸⁶.

Neste sentido, BINENBOJM leciona que “a *filtragem constitucional* do direito administrativo ocorrerá, assim, pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional”¹⁸⁷, e ainda:

ao invés de uma dicotomia em moldes tradicionais (ato vinculado v. ato discricionário), já superada, passa-se a uma classificação em graus de vinculação à juridicidade, em uma *escala decrescente* de densidade normativa vinculativa: a) *atos vinculados por regras* (constitucionais, legais ou regulamentares); b) *atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados* (constitucionais, legais ou regulamentares); c) *atos vinculados diretamente por princípios* (constitucionais, legais ou regulamentares)¹⁸⁸.

Portanto, regras e princípios, ambos espécies do gênero norma, possuem funções diferentes e complementares no sistema jurídico, sendo que os princípios constitucionais não podem afastar a aplicação de regras constitucionais. Ainda, conforme ÁVILA, o fenômeno do antiescalonamento, que desconsidera uma regra infraconstitucional, objetivando a aplicação direta de um princípio constitucional, ocasiona uma violação ao princípio democrático e à separação de poderes, obedecendo-se à Constituição em um ponto e violando-a em outro. Neste sentido, a visão pós-positivista desconsidera a ponderação prévia realizada pelo legislador, atribuindo ao administrador mais poder de definição do conteúdo da norma,

183 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 16.

184 Segundo o autor, na primeira fase, “princípios eram os fundamentos de uma dada disciplina jurídica, seus aspectos mais importantes” e, na segunda fase, estes “adquirem um significado técnico [...] e passam a ser determinados enunciados do direito positivo dotados de extraordinária importância para o entendimento de todo o sistema, diante da alta carga valorativa a eles atribuída” (Ibidem. p. 112)

185 Ibidem, p. 113.

186 GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 90.

187 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 38.

188 Ibidem, p. 207-8.

inclusive nas regras, que, assim como os princípios, já possuem valores jurídicos intrinsecamente. Aquele entendimento, aqui representado por BINENBOJM, possibilita a contenção dos atos diretamente por conceitos jurídicos indeterminados ou por princípios. Ratificamos esta possibilidade, *a priori*, quando em relação à primazia da lei (e da Constituição), mas a necessidade de aprofundamento quanto à reserva legal (ou constitucional), cuja análise perpassa a ponderação realizada pela Administração Pública, como passamos a verificar.

3.1.2 Ponderação administrativa

SUNDFELD descreve que a impossibilidade e a ausência de codificação do Direito Público fazem com que surjam muitas lacunas de lei, sendo indispensável o uso dos princípios gerais, “para a revelação das regras que foram omitidas pelo legislador, mas cuja existência é necessária”¹⁸⁹. Assim, “na ausência de regra específica para regular dada situação (isto é, em caso de lacuna), a regra faltante deve ser construída de modo a realizar concretamente a solução indicada pelos princípios”¹⁹⁰. Mesmo assim, só serão válidos os atos praticados “com competência especificamente conferida pela Constituição ou pela lei”¹⁹¹, inexistindo “poder para a Administração Pública que não seja concedido pela lei: o que a lei não lhe concede expressamente, nega-lhe implicitamente”¹⁹².

Esse entendimento está de acordo com a lição de GUASTINI, segundo o qual “no discurso legislativo há uma ‘lacuna’ quando a uma hipótese não está ligada nenhuma consequência jurídica”¹⁹³, quando aplicamos à Administração Pública o seguinte trecho:

Portanto, as lacunas do direito – e, com maior razão – as simples incertezas aplicativas – não dependem (ou, ao menos, não dependem somente) da intrínseca imprecisão da linguagem das fontes: as lacunas são criadas pelos intérpretes, que exercem discricionariedade não só no preencher as lacunas, como também – e ainda antes – no estabelecer se e quando há uma lacuna. Sé é verdade que os intérpretes preenchem as lacunas discricionariamente (mediante a criação de normas novas), é também verdade, entretanto, que são os mesmos intérpretes que se auto-atribuem essa discricionariedade, criando – eles – também as ocasiões para exercê-la.¹⁹⁴

189 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 147.

190 Ibidem, p. 148.

191 Ibidem, p. 162.

192 Ibidem, p. 159.

193 GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 227.

194 Ibidem, pp. 150-1.

Já MOREIRA NETO¹⁹⁵ leciona que, em face do neoconstitucionalismo, ocorre a abertura do ordenamento jurídico, por meio de uma abertura integrativa, na qual

as lacunas e as contradições continuam, do mesmo modo, inadmitidas, mas com a diferença que passam a ser superadas, não mais apenas pelo emprego de uma hermenêutica introspectiva e rebarbativa, buscando soluções exclusivamente no conjunto da ordem jurídica estatal, mas, extensivamente, também com apelo ampliado a uma *hermenêutica aberta*, já que o próprio ordenamento jurídico, ao se tornar pluralista, *abriu-se expressamente a novas fontes de direito*. [...]

Em suma: superam-se, simultaneamente, por um lado, a romântica, mas elitista suficiência da *mens legis*, enquanto produto exclusivo de legisladores pretendidamente ungidos por uma representação popular impressionantemente elástica, cuja extensão dependeria não mais que do alcance permitidos pelo regime político e pelas forças partidárias dominantes, e, por outro lado, o autocrático repúdio da *mens legis*, enquanto resultado de uma interpretação hermética a cargo de julgadores investidos pelo Estado.

Segundo OTERO¹⁹⁶, a ponderação realizada pela Administração Pública evidencia a substituição de um “sistema tendencialmente fechado de juridicidade” por um “sistema predominantemente aberto”, conferindo-se àquela “um impensável protagonismo na realização do Direito”. E continua: “Direito não é aquilo que a norma diz, Direito será aquilo que a Administração Pública, recorrendo a uma metodologia de ponderação, diz ser Direito, salvo se os tribunais anularem essa ponderação administrativa”¹⁹⁷. Esse fenômeno transfere ao Poder Judiciário a tarefa de proteger a liberdade e defender este modelo, ao invés da tradição liberal, na qual a lei servia de instrumento de segurança jurídica na atuação administrativa¹⁹⁸.

Especificamente acerca da atividade de ponderação administrativa, MARTINS¹⁹⁹ descreve que a ponderação constitucional (pelo constituinte) e legal (pelo legislador) dão-se em um plano abstrato, enquanto que a ponderação administrativa ocorre em um plano concreto²⁰⁰, a qual está “vinculada à observância da ponderação efetuada pelo legislador” e

195 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. pp. 197-8.

196 OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo, volume 1*. 2ª reimpressão da edição de 2013. Coimbra: Almedina, 2016. p. 448.

197 Idem.

198 Ibidem. pp. 448 e 449.

199 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. pp. 480-1.

200 O autor alerta que “discricionariedade não diz respeito à *incompletude normativa*. A norma abstrata pode ser *incompleta* e haver perante o caso concreto apenas uma solução jurídica. A incompletude normativa gera apenas um indício de discricionariedade. Também não tem nada a ver com a necessidade de *ponderação administrativa* ou com a aplicação imediata de um *princípio*

só poderá afastar a disciplina legal, afastando uma exigência da lei ou impondo um comportamento não previsto, caso o princípio (ou princípios) que exija essa solução tenha mais peso diante do caso concreto do que a soma do peso dos princípios opostos e do peso do *princípio formal*²⁰¹ segundo o qual a atuação legislativa deve preponderar. Somente nesses casos, *que são raros*, poderá ser imposto pela Administração um comportamento não previsto em lei ou afastada uma exigência imposta pela lei. A Administração, na ponderação que efetuar, deverá atentar para a diferença de peso previamente fixada pelo constituinte (*ponderação constitucional*), para a ponderação efetuada pelo legislador (*ponderação legal*) e para os respectivos *princípios formais* que dão primazia ao resultado dessas ponderações²⁰².

Isto é, em regra, deve haver uma ponderação legislativa prévia, momento em que só se está adstrito à Constituição, à qual é garantida primazia sobre as demais ponderações, como a administrativa, daí o porquê se falar em *in dubio pro legislatore*, um princípio formal baseado na democracia representativa²⁰³. Assim, à “luz das circunstâncias do caso concreto”, “a *ponderação abstrata* efetuada pelo legislador deve, necessariamente, ser *confirmada* pela *ponderação concreta*”²⁰⁴.

Em casos excepcionais, o administrador estaria legitimado a “editar atos administrativos não fundados numa lei – entenda-se: numa regra infraconstitucional –, mas, sim, fundados diretamente na Constituição”²⁰⁵⁻²⁰⁶. O autor continua, afirmando que as

constitucional. Sempre que o Direito globalmente considerado apresentar apenas uma solução, haverá vinculação, seja essa solução imposta por um *princípio*, seja imposta por uma *regra*; seja decorrente de *subsunção*, seja decorrente de *ponderação*” (MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 353, nota 22). Neste mesmo sentido, “a incompletude é apenas indício de discricionariedade, pois, quanto maior for a completude normativa, maior será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação legislativa e menor será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação administrativa; quanto menor for a completude normativa, maior será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação administrativa e menor será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação legislativa” (Ibidem, p. 358, nota 28)

201 Segundo o autor, “os princípios formais atribuem uma carga argumentativa em favor dos outros princípios”(MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 482, nota 76)

202 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 481.

203 Ibidem, pp. 355-357.

204 Ibidem, p. 358.

205 Ibidem, p. 480.

206 Visão que nos parece se diferenciar de uma *reserva constitucional*, conforme descrita, porquanto os autores que defendem este último paradigma (MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 e BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006) o fazem de modo que a Constituição se torne o fundamento direto de toda a atividade administrativa, e não de casos excepcionais, conforme o autor ora examinado.

restrições à propriedade e à liberdade (que poderíamos estender aos direitos fundamentais em geral) “fundadas em princípios constitucionais, em geral, são fixadas em *regras legislativas abstratas*”²⁰⁷, entretanto, caso isto não ocorra, excepcionalmente, aquelas podem decorrer da ponderação administrativa ao caso concreto. Ainda, esta competência administrativa na ausência de lei seria exatamente o *poder de polícia*²⁰⁸ – segundo esta teoria neoconstitucional proposta –, o qual se dá na ausência de lei que atribua expressa competência à Administração. Com isso, o caso em que tal mecanismo ocorre

assenta-se no *poder de polícia*, vale dizer, na competência para concretizar no plano concreto os princípios constitucionais; ou, ainda, na competência para, diante das circunstâncias do caso, quando afastado o princípio formal que dá prevalência, na falta de regra legislativa expressa, à omissão ou, existindo regra, à aplicação da regra, atuar com fundamento direto no princípio constitucional. Alicerça-se, enfim, na competência para, mesmo na falta de regra expressa, diante das circunstâncias do caso concreto, evitar a acentuada violação da dignidade da pessoa humana²⁰⁹⁻²¹⁰.

Acerca disso, HEINEN descreve que, para a edição de atos administrativos ablativos (onerosos), deve existir base legal, a qual determina o seu conteúdo “de forma suficiente, especialmente no que se refere à finalidade e abrangência”²¹¹. A intervenção da Administração na vida social não deve apenas estar prevista em lei, mas também ser previsível e isenta de lacunas²¹². No ordenamento pátrio, que se assemelha à concepção alemã, o detalhamento da lei “não precisa ser exauriente, mas bastante claro para que o administrado saiba os limites da intervenção”, com os pressupostos da intervenção na esfera do indivíduo dispostos de “forma objetiva, clara e passível de identificação pelos cidadãos”²¹³. Desse modo, “quanto mais

207 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 481.

208 Aqui importante ressaltar que não se trata da *teoria da supremacia especial*, que segundo Alexandre Mazza, dependendo do tipo de vínculo jurídico do particular com a Administração Pública, amplia-se o espaço de atividade normativa desta, com “a criação de deveres e proibições por meio de ato administrativo” O autor ressaltar, ainda: “a utilização da referida teoria foi abandonada na maioria dos países europeus, principalmente pelo viés autoritário de alguns desdobramentos de sua aplicação. O maior risco está na utilização das relações de sujeição especial como pretexto para limitar indevidamente a liberdade dos cidadãos, criando deveres e proibições estabelecidos sem o debate democrático do Poder Legislativo” (*Manual de direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Item 2.6.6.7)

209 MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. pp. 484-5.

210 Aqui o autor faz referência ao princípio da dignidade da pessoa humana de modo específico, por ser o princípio constitucional aplicável ao exemplo que expunha, o que não quer dizer, portanto, ser este sempre o fundamento para que a atuação *praeter legem* ocorra.

211 HEINEN, Juliano. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. pp. 179.

212 Ibidem, p. 180.

213 Ibidem, pp. 180-2.

intensa for a intervenção, mais minudente deve ser a especificação dos fundamentos para tal conduta estatal, dado estar se relativizando direitos fundamentais”²¹⁴, sendo esta pautada pelos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ainda, PINHEIRO²¹⁵ descreve a reserva legal, como preferência de lei, assegurar que as escolhas primárias (ponderações) sejam realizadas pela via legislativa, e não pelo Administrador. Neste sentido, “não é suficiente uma precedência da lei, tornando-se necessário que se trate de lei bastante, consubstanciada numa *reserva de densificação normativa*”²¹⁶. Quanto a isto, MOREIRA NETO²¹⁷ aduz existirem:

As normas concretamente preceptivas, que, na concepção dogmática de elaboração alemã, são as que se encontram *suficientemente densificadas* em seu conteúdo expositivo para serem imediata ou mediamente referidas e aplicadas às condutas humanas, conformam a categoria das *leis preceituais* ou, simplesmente, *regras* ou, ainda, *preceitos*, como termos indiferentemente empregados.

As normas abstratamente preceptivas, segundo a mesma orientação teórica, são as que *requerem densificação* de seu conteúdo expositivo através de outras normas, para poder descer aos *factos*, identificá-los, e, assim, reger as condutas a eles referentes: são os *princípios*.

Desse modo, a ponderação administrativa diante do sistema aberto (pós-positivista) não foge à ponderação efetuada anteriormente pelo constituinte e pelo legislador. Isso é verdade especialmente nos casos em que há restrições aos direitos fundamentais dos administrados, quando o princípio (da finalidade ou do interesse público, por exemplo) não se mostra suficiente densificado para ser fundamento à conduta da Administração. Neste sentido, aquele poder de polícia segundo a teoria neoconstitucional recai na questão ora examinada, qual seja, a possibilidade de outorga de competência diretamente a partir da Constituição, mormente dos princípios.

3.2 LEGALIDADE DA COMPETÊNCIA

Analisada a aplicação das normas pela Administração Pública, bem como a ponderação que esta realiza, cumpre verificarmos a legalidade especificamente quanto à

214 HEINEN, Juliano. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. pp. 180-182.

215 PINHEIRO, Alexandre Sousa. Artigo 112º. In: *Comentário à Constituição Portuguesa, III volume, 1º tomo: princípios gerais da organização do poder político, artigos 108º a 119º*. OTERO, Paulo (Org.), Coimbra, 2008. p. 234.

216 Idem.

217 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009. p. 78.

competência. Desse modo, esta é entendida “como uma qualidade especial que torna possível a um sujeito praticar validamente atos destinados a regular a conduta de terceiros”, uma “habilitação para expedir normas heterônomas”. Em outras palavras, uma “qualidade especial de que é dotado um sujeito normativo para produzir normas válidas no sistema jurídico”²¹⁸.

À necessidade de uma norma que embase o exercício de competência pelo administrador, denominamos de legalidade da competência. Neste tópico, analisaremos a estrutura das normas de competência, relacionando-a com a dicotomia regra-princípio, para, após tratarmos acerca da possibilidade de atribuição de poderes implícitos aos agentes públicos.

3.2.1 Normas de competência

SUNDFELD leciona que “no momento em que [o Estado] quisesse ultrapassar a linha das competências que a Constituição lhe demarcou, imediatamente evaporaria, pois, fora dos limites dessa linha, simplesmente inexistente”²¹⁹. Isso porque, na seguinte ordem, o Poder Constituinte cria a Constituição e esta cria o Estado, sendo as suas competências “limitadas pelas normas constitucionais que as outorgaram”²²⁰. Nesse sentido, tais competências não possuem nenhuma característica de suprajuridicidade, “são simplesmente atribuições ou direitos reconhecidos pela ordem jurídica e carentes de toda peculiaridade estranha ou superior ao Direito”²²¹.

Sobre o tema, OTERO²²² sustenta a existência de uma “dimensão axiológica e principiológica de natureza supraconstitucional” que dá validade aos atos jurídicos com conteúdo não axiologicamente neutro em termos de justiça. Isto é reflexo de um conceito do Direito conexo à moral, podendo os atos serem considerados justos ou injustos.

Entretanto, há um conjunto de atos que é axiologicamente neutro, devendo sua validade, em suma, à vontade do legislador, isto é, ao direito positivo, tendo como último referencial de conformidade a Constituição formal. Tal concepção é importante para esta pesquisa, visto que se incluem neste último grupo “as normas de direção, as normas

218 FOLLADOR, Guilherme Broto. *As normas de Competência Tributária*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. pp. 77-79,

219 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 68.

220 Ibidem, p. 67.

221 Ibidem, p. 68.

222 OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 25.

organizativas – incluindo aqui as normas de competência – as normas funcionais”²²³, dentre outras. Isso porque, como já se viu, a legalidade *lato sensu* pressupõe o extravasamento da lei positivada, sendo importante, quando de sua aplicação à competência administrativa, aferir a natureza destas normas.

Sobre o tema, AFONSO²²⁴ descreve que uma norma axiologicamente neutra²²⁵, apesar de o legislador poder conceder-lhe o conteúdo que lhe aprouver, está “refém da efectividade da vida do povo e da aceitabilidade mínima que este lhe reconheça”, não podendo se afastar demasiadamente da ideia de justiça, sob pena de tornar-se arbitrária. Neste caso, apesar do conteúdo moral mínimo, a conduta “submete-se essencialmente à imperatividade jurídica”, apenas mediatamente havendo uma aproximação com a moral.

Em sentido contrário, ÁVILA²²⁶ defende que

a dimensão axiológica não é privativa dos princípios, mas elemento integrante de qualquer norma jurídica, como comprovam os métodos de aplicação que relacionam, ampliam ou restringem o sentido das regras em função dos valores e fins que elas visam a resguardar. As interpretações, extensiva e restritiva, são exemplos disso. [...] Vale dizer, a dimensão de peso não é um atributo empírico dos princípios, justificador de uma diferença lógica relativamente às regras, mas resultado de um juízo de valor. [...] A conexão entre a norma e o valor que preliminarmente lhe é sobrejacente não depende da norma enquanto tal ou de características diretamente encontráveis no dispositivo a partir do qual ela é construída, como estrutura hipotética. Essa conexão depende tanto das razões utilizadas pelo aplicador em relação à norma que aplica, quanto das circunstâncias avaliadas no próprio processo de aplicação. Enfim, a dimensão de peso não é relativa à norma, mas relativa ao aplicador e ao caso.

De outro lado, MOREIRA NETO²²⁷, descreve que, com o neoconstitucionalismo, houve o fenômeno de abertura constitucional, tanto internamente, “pelo reconhecimento da suprema importância dos *valores* transcendentais das pessoas, expressados como *princípios fundamentais das Constituições*” quanto externamente, “pelo extensivo reconhecimento, ora

223 OTERO, Paulo. Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 26.

224 AFONSO, João José Rodrigues. Proibições de consciência: normas axiologicamente negativas. In: CAMPOS, D. L. (dir.) *Galileu: Revista de Economia e Direito*, Universidade Autónoma de Lisboa, Vol. XVI, nº 2, 2011. pp. 7-37.

225 Diferentemente das normas axiologicamente negativas, as quais são o foco daquele autor e que preceituam um não fazer e incorporam o comando moral, como, especialmente, as normas penalistas.

226 AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. pp. 50, 51 e 53.

227 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 273.

explícito, ora implícito, de todo um sistema, informal e aberto, de *princípios fundamentais metaconstitucionais e globalizados*”.

Na visão de MARRARA²²⁸, a atuação administrativa poderia ser justificada, em determinados casos, por meio de princípios:

Assim, salvo na existência de reserva específica para lei em sentido formal, o Poder Público também pode agir com base em regra não escrita ou mesmo com fundamento direto na Constituição, desde que cumpridos alguns requisitos, a saber: 1) que a existência de regra explícita não seja considerada necessária pelo legislador (principalmente porque a ação não gera prejuízos aos direitos fundamentais do administrado e nem a interesses públicos primários) e 2) que a ação justifique-se em princípios da Administração Pública e objetivos estatais reconhecidos na Constituição.

Entretanto, consoante FOLLADOR²²⁹, as normas de competência originam-se de enunciados normativos, os quais estabelecem “‘quem tem a capacidade de fazer o quê’, enquanto outros servem para ‘disciplinar o exercício da competência’”. Para o intérprete construir as normas que versem sobre a competência, geralmente se debruça sobre quatro tipos de disposições: (1) as que conferem e regulam o seu exercício; (2) as que as demarcam ou restringem; (3) as que estabelecem o seu procedimento; (4) princípios que auxiliam na interpretação, por meio da incorporação de valores²³⁰. O resultado da interpretação, por sua vez, dará origem às seguintes normas, pelo menos:

N₁) uma norma constitutiva em sentido performativo, atribuindo a um dado sujeito ou grupo de sujeitos, e a ninguém mais, a capacidade de praticar determinada conduta; N₂) uma definição, ou norma constitutiva em sentido institucional, atribuindo determinado valor a certas condutas praticadas pelo sujeito competente no sistema normativo; N₃) uma norma técnica, estabelecendo, como meio, a ligação entre o sujeito competente e o objeto de sua competência, isto é, os ônus cuja observância é necessária para se exercer validamente a competência; N₄) uma norma prescritiva relativa ao exercício da competência, que o qualifique como permitido, proibido, obrigatório ou facultativo; por fim, eventualmente, do conjunto dessas disposições ainda poderá extrair (N₅) uma norma sancionadora, cujo antecedente será o descumprimento, pelo sujeito competente, do dever cominado em N₄.²³¹

228 MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. *Boletim de Direito Administrativo*, nº 1268, novembro/2012, pp. 1267-1287. p. 1269.

229 FOLLADOR, Guilherme Broto. *As normas de Competência Tributária*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 134.

230 Ibidem, p. 136.

231 Ibidem, pp. 136-7.

Desse modo, para MARTINS²³², “as normas que outorgam competência são típicas normas de estrutura”, estas, por sua vez, conceituam-se como “normas sobre normas, disciplinadoras da produção de normas jurídicas”. Na visão do autor, tais normas possuem a estrutura comum a todas as normas, cuja parcela principal, a *norma primária dispositiva*, descreve uma conduta no antecedente e uma relação jurídica no consequente²³³. Entretanto, sendo mais específicas, são compostas de um evento na hipótese²³⁴ e, no caso ora tratado, do surgimento de uma relação jurídica entre o administrador, que tem a função de editar uma norma²³⁵, e o administrado. Em sentido semelhante, MOUSSALEM²³⁶ afirma:

a relação jurídica de competência executiva é modalizada pelo functor obrigatório (O), traduzida em um dever-fazer por parte de um agente da Administração Pública (dever jurídico), e direito subjetivo de a pessoa jurídica de direito público interno exigir o exercício dessa competência.

Os princípios, por sua vez, também são normas de estrutura²³⁷. Neste sentido, “enquanto os princípios são *mandados de otimização*, as regras são *determinações*”²³⁸. MARTINS continua, adotando a teoria dos princípios estruturantes de CANOTILHO, segundo a qual

[...] toda regra jurídica é a concretização de um princípio jurídico e todo princípio específico e a concretização de um princípio jurídico genérico [...] porém não há hierarquia entre eles, pois a densificação não se dá apenas de cima para baixo, mas num *processo bi-unívoco de esclarecimento recíproco*.²³⁹

Também neste sentido, ALEXY, para quem os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível das possibilidades jurídicas e fáticas existentes [...] são, por conseguinte, *mandamentos de otimização* [...]”²⁴⁰. Bem como

232 MARTINS, Ricardo Marcondes. A natureza dos princípios. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 6, pp. 225-258, jul./dez., 2005. p. 235.

233 Ibidem, p. 231.

234 Ibidem, p. 238.

235 “Nenhuma norma pode ser posta no sistema, seja pelo legislador em sentido estrito, seja pelo juiz (na prolação de uma sentença), seja pelo administrador (na edição de um ato administrativo), seja pelo particular (na elaboração de um contrato), sem a observância dos princípios”. (Ibidem, p. 248)

236 MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006. p. 84.

237 MARTINS, Ricardo Marcondes. A natureza dos princípios. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 6, pp. 225-258, jul./dez., 2005. p. 238.

238 Ibidem, p. 243.

239 Ibidem, p. 248.

240 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 90.

ÁVILA²⁴¹, ao afirmar que estes são normas imediatamente finalísticas, as quais estabelecem um fim a ser atingido, tendo função diretiva para a determinação da conduta: “a instituição do fim é ponto de partida para a procura dos meios”²⁴².

A estrutura lógica dos princípios, com isso, é diferente daquela das normas de competência exposta anteriormente, apesar de ambas serem normas estruturantes do sistema jurídico:

[...] no antecedente, descreve-se a introdução de uma norma jurídica no sistema²⁴³, ou melhor, de uma regra, e, no conseqüente, a imputação de uma relação jurídica entre o legislador (em sentido lato) e a comunidade, em que aquele tem a função de observar determinado mandado de otimização e a comunidade o direito de exigir essa observância.²⁴⁴

Assim, as normas de outorga de competência possuem a natureza de *regras*²⁴⁵⁻²⁴⁶, sendo isso verdade especialmente na visão tradicional da legalidade que emerge das revoluções liberais, visando limitar o poder arbitrário que se instalava, pensamento este que, no geral, perdura até hoje:

é impossível que a presença de competência seja estabelecida de modo geral ou universal, especialmente quando se trata de matéria administrativa. Isto violaria o princípio da especialidade. Então, cada mandatário terá a tarefa de agir consoante preceitua a lei. E isto reforça a ideia de que estamos diante do fato de que a regra de competência fixa um elemento vinculado, um critério objetivo da lei e um princípio estatutário²⁴⁷.

241 AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 70.

242 AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 71.

243 “[...] a descrição é genérica e abrange todas as normas a serem introduzidas [...]” (Ibidem, p. 253).

244 AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 248.

245 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 487.

246 Aqui alertamos para uma visão que possibilita a extração de regras a partir do conflito entre princípios: “por meio da ponderação dos princípios se produziria uma norma que reformula os princípios explicitando as propriedades relevantes e assim resolveria o conflito. Uma vez obtida a norma se poderá proceder com racionalidade subsuntiva, resolvendo também os casos futuros. Em suma, por meio de um processo de explicitação das condições implícitas, opera-se uma transformação dos princípios em regras [...] Isso, a meu ver, resolve-se na atribuição de uma maior obrigação argumentativa para o juiz ou o intérprete. O balanceamento daria lugar à regra somente na medida em que seriam estabelecidas outras propriedades relevantes e independentes dos deveres estabelecidos pelos princípios [...] na medida em que fosse possível transformar em regras os princípios, dissolver-se-ia a necessidade de ponderar e se poderia operar com mera racionalidade subsuntiva”. (DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006. pp. 113 e 118)

247 HEINEN, Juliano. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 641.

Nesse sentido, CANOTILHO²⁴⁸, ao explicar o sistema aberto de regras e princípios, refere-se às normas constitucionais organizatórias, tradicionalmente segregadas das normas constitucionais materiais, mas que, consoante a própria teoria clássica do constitucionalismo, sofrem de uma *contaminação material*.

Dentre as chamadas *regras* jurídico-organizatórias, estão as *regras* de competência, que “reconhecem certas atribuições a determinados órgãos constitucionais ou são estabelecidas *esferas de competência* entre os vários órgãos constitucionais”, e, conforme aquela contaminação, “comportam, muitas vezes, um conteúdo material respeitante não só ao dever de garantir a competência constitucionalmente fixada, mas também à própria razão de ser da delimitação da competência”, sendo perceptível com a reserva absoluta e a reserva relativa de competência legislativa (previstas em nível constitucional na Constituição Portuguesa)²⁴⁹.

As *regras de criação de órgãos* (normas orgânicas) são outra espécie de regra jurídico-organizatória, as quais visam a “disciplinar normalmente a *criação* ou *instituição* constitucional de certos órgãos”, podendo também fixar a sua competência (quando são chamadas de normas orgânicas e de competência)²⁵⁰. Já as *regras de procedimento*, como a última espécie daquele género (regra jurídico-organizatória), são estabelecidas “apenas nos casos em que o procedimento é um elemento fundamental da formação da vontade política e do exercício das competências constitucionalmente consagradas”²⁵¹.

Isto é, para CANOTILHO, as normas organizatórias possuem diversas funções²⁵²:

- (a) *função estruturante* das organizações (esquema organizatório, individualização dos órgãos);
- (b) *função atributiva* de um poder (competência);
- (c) *função distributiva* de competências por vários órgãos de um ente público (ex.: normas que distribuem a competência do Governo pelo Conselho de Ministros, Primeiro-Ministro e Ministros);
- (d) *função procedimental ou processual* (ex.: procedimento de formação das leis, procedimento da destituição do Presidente da República, processo de controlo da constitucionalidade das normas).

248 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. pp. 175.

249 Ibidem, pp. 175-176.

250 Ibidem, p. 176.

251 Idem.

252 Ibidem, pp. 176-177.

Também neste sentido, EISENMANN²⁵³, que afirma: “[...] [as normas referidas] são, obviamente, regras de procedimento, no sentido lato da expressão, ou se se preferir, regras atributivas de competência e regras de forma *stricto sensu*”. Igualmente, GUASTINI²⁵⁴:

[...] uma norma N1 é fundamento de uma outra norma N2 quando N1 é uma norma de competência, e N2 emana da autoridade instituída por N1. Neste caso, contudo, o termo ‘princípio’ como referência a N1 não soaria apropriado.

Desse modo, tomando como base o conceito já colacionado de regra por ÁVILA, uma regra de competência, devido a esta sua natureza, possui as seguintes características²⁵⁵: (i) estabelece uma obrigação ou permissão mediante a descrição da conduta a ser adotada, referindo-se diretamente a ações e indiretamente a um fim; (ii) exige, para sua interpretação e aplicação, a análise de correspondência entre os fatos, a norma e a finalidade, sendo, em geral, fácil a justificação para tanto; (iii) possui um caráter primariamente retrospectivo, à medida que prevê uma situação já conhecida pelo legislador; e (iv) é preliminarmente decisiva e abarcante, buscando atingir todos os aspectos relevantes da questão e gerando uma solução específica para o conflito entre razões.

CANOTILHO²⁵⁶, acerca das normas organizatórias, explana que se deve superar o modelo positivista relativo à visão apenas formal, atribuindo-se “um valor normativo específico ao conjunto dos preceitos constitucionais referentes à organização, competência e procedimento dos órgãos constitucionais” e superando a dicotomia entre constituição dos direitos fundamentais (material) e constituição organizatória (formal)²⁵⁷:

Em termos jurídico-positivos, a compreensão material das estruturas organizatório-funcionais implica: (1) articulação necessária das *competências e funções* dos órgãos constitucionais com o cumprimento das *tarefas* atribuídas aos mesmos; (2) consideração das normas organizatórias

253 EISENMANN, Charles. O Direito administrativo e o princípio da legalidade. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 56, p. 47-70, abr. 1959. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/19443>>. Acesso em: 10 Out. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v56.1959.19443>. p. 59.

254 GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 188.

255 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. pp. 63-9.

256 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 675.

257 Ressalta-se que aqui não se refere ao conceito em sentido material de constituição, pela qual é “o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana”(BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000. p. 63), mas sim à existência de conteúdo axiológico presente na norma ou não.

não com meros *preceitos de limites* materialmente vazios (típicos de um Estado liberal tendencialmente abstencionista), mas como verdadeiras *normas de acção* (típicas de um Estado intencionalmente constitutivo), definidoras das tarefas de conformação económica, social e cultural confiadas às várias constelações orgânico-constitucionais [...].²⁵⁸

MOREIRA NETO, de outro lado, declara que a repartição espacial ou funcional do poder do Estado, bem como os critérios de competência, são consubstanciados em *princípios instrumentais*, os quais “contêm uma opção formal destinada a melhor aplicar e garantir a aplicação dos [princípios] substantivos”²⁵⁹.

Então, tanto os princípios quanto as regras de competência são normas sobre normas, essenciais para a estruturação do sistema jurídico. Contudo, a sua estrutura lógica é muito diferente entre si, em suma: enquanto os primeiros têm em seu conseqüente um mandado de otimização, as segundas outorgam ao administrador a função de editar uma norma. O problema que surge, nesse caso, seria a possibilidade, conforme a visão pós-positivista, de extrair regras a partir dos princípios, mormente em caso de colisão normativa ou de lacunas. Quanto ao tema, ainda se faz necessária a análise acerca da possibilidade de competências implícitas pela Administração Pública.

3.2.2 Poderes implícitos

FRANCO SOBRINHO, em uma concepção clássica e positivista, aduz que “exercício algum de competência pode existir sem uma regra que a regule”²⁶⁰. Entretanto, tal concepção sofreu alterações, o que resta evidente com CARLIN²⁶¹ ao esclarecer que cada esfera da federação “exerce os poderes que lhe são conferidos, implícita ou explicitamente, pela constituição em sua respectiva área de atuação”. Assim, cumpre ressaltar a existência de omissões legislativas na definição de competências. Nesses casos, em regra, a competência é atribuída à autoridade com maior hierarquia, o chefe do Poder Executivo, com exceção à

258 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. pp. 675-676.

259 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009. p. 81.

260 Ibidem, p. 41.

261 CARLIN, Volnei Ivo. *Manual de Direito Administrativo: doutrina e jurisprudência*. 4ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 103.

competência omissa para decidir processo administrativo, a qual, por privilégio à pluralidade de instâncias, atribui-se à autoridade de menor hierarquia²⁶².

Consoante MEIRELLES²⁶³, “a outorga de competência expressa a determinado agente importa deferimento implícito, a esse mesmo agente, dos meios necessários à integral realização dos fins previstos pela norma”, sendo aqueles chamados de *poderes implícitos*. Igualmente, SUNDFELD descreve que “a competência é um poder vinculado a certa finalidade”²⁶⁴.

No mesmo sentido, MELLO²⁶⁵ ensina que o sujeito administrativo tem o dever de cumprir o interesse público (princípio da finalidade), razão pela qual inclusive foi investido nos poderes que possui (de caráter instrumental). Assim, “o que a ordem jurídica pretende, então, não é que um dado sujeito desfrute de um poder, mas que possa realizar uma certa finalidade, proposta a ele como encargo do qual tem de se desincumbir”. A competência é, então, um feixe de atribuições para a “realização *in concreto* dos desideratos legais”, sendo que “os poderes nela contidos, por definição, ficarão delimitados pelo *necessário e suficiente* ao cumprimento do escopo normativo, jamais podendo excedê-los”.

O princípio da finalidade é definido como “a orientação obrigatória de toda a atividade administrativa pública ao interesse público, especificamente explícito ou implícito na ordem pública, com vistas ao atendimento pelo Estado”²⁶⁶. Dessa maneira, quando a norma esgotar os “pressupostos legitimatórios” da ação administrativa, o órgão competente aplica tal princípio de maneira imediata. Caso contrário, delega-se à Administração a discricionariedade de preencher os pressupostos de legitimação, quando procede a uma “decisão integrativa”²⁶⁷. Para MOREIRA NETO “cria-se uma entidade ou órgão público para satisfazer interesses públicos (finalidade), atribuindo-se-lhe poderes em tese (competência)”²⁶⁸.

262 HEINEN, Juliano. Artigo 17. In: _; SPARAPANI, Priscila; MAFFINI, Rafael. *Comentários à Lei Federal do Processo Administrativo: Lei nº 9.784/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 165-6.

263 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 156.

264 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 112.

265 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. pp. 143-4.

266 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 103.

267 Idem.

268 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 29.

OTERO²⁶⁹ aponta a admissão de poderes implícitos como uma “manifestação de debilidade da clássica configuração do princípio da legalidade da competência administrativa”, aduzindo:

Os poderes implícitos, enquanto expressão de um fenómeno que resulta do extrair de competências de normas que se limitam a estipular fins das entidades públicas ou competências expressas dos seus órgãos, segundo uma regra fundada na ideia de inerência ou de necessidade, permitem observar que nem toda a competência administrativa resulta atribuída de forma expressa da lei, antes de normas explícitas se podem retirar, por via interpretativa baseada num critério teleológico ou sistemático, novas regras habilitantes do agir de órgãos da Administração Pública²⁷⁰.

Assim, o autor entende que os poderes implícitos seriam o resultado da interpretação de uma regra de competência anterior, a partir do qual se construiriam presunções de competência. Este mecanismo “ampliativo de competências” seria o “modo mais hábil de ultrapassar uma concepção fechada e imóvel das regras de competência administrativa”, permitindo uma “permanente actividade de actualização reconfigurativa dos poderes disponíveis, e neste sentido, de flexibilização do ordenamento jurídico-administrativo em matéria de regras de competência”²⁷¹.

AMARAL²⁷², em sentido semelhante, aduz que, no geral, a competência “só pode ser conferida, delimitada ou retirada pela lei”, o que consubstancia o princípio da legalidade da competência. Esta, portanto, não se presume, existindo apenas “quando a lei inequivocamente a confere a um dado órgão”, o que resta excepcionado pela existência de competências implícitas:

Diz-se que a competência é “explícita” quando a lei confere por forma clara e directa; pelo contrário, é “implícita” a competência que apenas é deduzida de outras determinações legais ou de certos princípios gerais do Direito público, como por ex. “quem pode o mais pode o menos”; “toda lei que impõe a prossecução obrigatória de um fim permite o exercício dos poderes minimamente necessários para esse objectivo”²⁷³.

269 OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. pp. 891.

270 Idem.

271 Ibidem, p. 892.

272 AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*, volume 1. 3ª ed., 7ª reimp. Coimbra: Almedina, 2012. pp. 780-1.

273 Ibidem, p. 783.

Nesse sentido, CANOTILHO²⁷⁴ informa que a competência relaciona-se com o poder de ação atribuído aos órgãos e agentes, a fim de “prossegurem as tarefas que são constitucional ou legalmente incumbidos”, envolvendo tanto a atribuição destas quanto dos “meios de ação (poderes) necessários para a sua prossecução”. Mesmo assim, no geral, devem-se afastar os poderes implícitos como formas autônomas de competência, sendo possível, através da interpretação, concluir-se por duas hipóteses:

(1) *competências implícitas complementares*, enquadráveis no programa normativo-constitucional de uma competência explícita e justificáveis porque não se trata tanto de alargar competências, mas de aprofundar competências (ex.: quem tem competência para tomar uma decisão deve, em princípio, ter competência para a preparação e formação de decisão); (2) *competências implícitas complementares*, necessárias para preencher lacunas constitucionais patentes através da leitura sistemática e analógica dos preceitos constitucionais²⁷⁵.

LOMBA²⁷⁶ aduz, em relação aos órgãos de soberania no sistema português, que há discussão doutrinária acerca da possibilidade de competências implícitas. Na sua visão, mesmo assim, estes poderes deveriam partir de uma norma constitucional expressa: “a constitucionalidade qualificada a que os órgãos de soberania estão sujeitos não torna admissíveis competências implícitas formuladas criativa ou atonomamente, sem uma relação direta e necessária com os preceitos constitucionais”²⁷⁷, que serão normas de competência.

Como já referido, CANOTILHO²⁷⁸ alerta para a admissão de competências não escritas, as quais, aceitas indiscriminadamente, violam o princípio da conformidade funcional (impossibilidade de modificações no quadro das competências por meio de interpretação), da tipicidade e da indisponibilidade de competências. Desse modo, “a força normativa da constituição é incompatível com a existência de competências não escritas, salvo nos casos de a própria constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo-constitucionalmente especificado”²⁷⁹.

274 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p.488.

275 Ibidem, pp. 493-4.

276 LOMBA, Pedro. Artigo 110º. In: *Comentário à Constituição Portuguesa, III volume, 1º tomo: princípios gerais da organização do poder político, artigos 108º a 119º*. OTERO, Paulo (Org.), Almedina, Coimbra, 2008. p. 51.

277 Idem.

278 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 492.

279 Ibidem, p. 493.

FRANCO SOBRINHO, em obra que, de maneira rara, leva o título “Da Competência Administrativa”, aduz: “numa administração politicamente organizada, não pode haver competências ilimitadas”²⁸⁰. A competência, “de qualidade política ou de quantidade jurídica, não generaliza, porque impõe limitações ao direito de dizer ou de fazer”, ocorrendo uma “limitação na divisão, mas não limitação quanto às atribuições recebidas e faculdades conferidas”²⁸¹. Além disso, estas não podem ser diminuídas ou ampliadas, “porquanto as estruturas, tal como se constituíram, integram a Constituição por motivo de ‘racionalização administrativa’”²⁸².

Com isso, os poderes implícitos decorrem da interpretação de normas já existentes que disponham sobre a competência administrativa, de modo amplo, por interpretação teleológica ou sistemática, dando origem a outras regras de competência. Mostra-se indevida, portanto, a utilização de competências não escritas, isto é, sem base normativa anterior, sendo possíveis competências implícitas em situações excepcionais, para aprofundar poderes já conferidos (sem os restringir ou alargar) ou para colmatar lacunas. No último caso, será necessário o uso da ponderação administrativa, a qual, como visto anteriormente, pressupõe a obediência às ponderações do constituinte e do legislador.

280 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Da Competência Administrativa: origens constitucionais e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Ed. Resenha Universitária, 1977. p. 26.

281 Ibidem, p. 92.

282 Ibidem, p. 93.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como ponto de partida a Ciência do Direito construída a partir de conceitos (e não uma natureza inerente aos institutos), na esteira do giro linguístico, os quais retiram o seu significado a partir de paradigmas científicos. Estes, por sua vez, estabelecem as bases para a investigação conduzida pelos juristas, sendo a legalidade administrativa, então, apresentada como um dos conceitos utilizados por esta comunidade, o qual vem sofrendo influências de uma notável mudança de paradigmas: do positivismo clássico (legicentrismo) ao pós-positivismo (neoconstitucionalismo). O objeto do estudo centrou-se na visão da legalidade como reserva legal, a qual provê o fundamento jurídico para as condutas administrativas. Fixamos, assim, a pergunta científica quanto à possibilidade de aplicação do novo paradigma, de forma a retirar-se competência administrativa diretamente da Constituição. A importância desta discussão está na centralidade do tema, vez que toda a atuação da Administração Pública depende de uma fixação anterior de competência, tendo sido evidenciada a escassez de estudos neste sentido. Por fim, o método utilizado foi o da análise doutrinária, buscando-se a coerência no sistema jurídico posto, por meio do método dedutivo.

Iniciado o estudo, analisamos as mutações ocorridas no conceito de legalidade administrativa, delimitando os conceitos de legalidade *stricto sensu* e de legalidade *lato sensu*, relacionadas aos respectivos paradigmas jurídicos e, após, centramo-nos no conceito de reserva legal e as alterações que sobre esta recaem.

Assim, o termo “positivo” origina-se na Grécia Antiga, referindo-se ao direito criado pelo homem, em oposição ao direito natural ou divino. Desde então, já se teoriza acerca da submissão do governo às leis, apesar de este historicamente não se submeter ao Direito – existindo limitações de outras fontes, como a religiosa, a econômica e as sociais. Cumpre notar o papel da filosofia, em primeiro lugar, para a contenção jurídica do governante, inclusive com a sua vinculação anterior ao bem comum. Mesmo assim, apenas com a separação de poderes foi possível a clara submissão da Administração Pública às leis, quando se consolidaram o Estado Liberal, o positivismo jurídico e o legicentrismo. Do século XVIII à primeira metade do século XX, então, administrar significava executar as leis editadas pelo Poder Legislativo, pelo método silogístico-subsumtivo. Posteriormente, no pós-guerra, consolida-se o Estado-providência, o qual, a fim de alcançar os seus objetivos sociais, necessita de maior flexibilidade na legitimação de suas condutas. O pós-positivismo, assim,

como novo paradigma jurídico orientador do Estado, consolida o neoconstitucionalismo, o qual sincretiza um sistema normativo voltado aos princípios, com a aproximação entre o Direito e a Moral. A aplicação direta da Constituição e a juridicidade administrativa, por fim, emergem de maneira a modificar a vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico.

Quanto à reserva legal, descrevemos a sua concepção clássica, oriunda do positivismo jurídico, para, após, analisarmos a proposta de uma reserva de constituição. Os autores referidos que são contrários a esta alteração conceitual relatam que seria inadequado invocar princípios para criar competência administrativa, sendo necessária lei em sentido formal, a fim de garantir, específica e precisamente, tais normas concretas e determinadas. Evidenciamos, assim, a questão da reserva de constituição (junto à pergunta do nosso estudo) ter como fundo o problema de ser possível ou não a retirada de competência administrativa de princípios, os quais são privilegiados pelo neoconstitucionalismo. De outro lado, evidenciamos outra concepção trazida pelo pós-positivismo neste tópico, qual seja, a existência de uma reserva institucional. Esta prevê a atuação da Administração de modo mais flexível naqueles casos em que não há restrição a direito fundamental. Entretanto, conforme os autores analisados, não se pode afastar a legalidade da competência nem mesmo nestas hipóteses, nunca se podendo violar as normas de competência e sendo imperativa a existência de um fundamento jurídico que legitime a conduta administrativa. Com isso, a análise feita neste trabalho tem o cunho de alcançar igualmente aquela forma de atuação.

Na segunda parte da pesquisa, verificamos a relação da reserva legal com a normatividade, de modo a evidenciar, em primeiro lugar, a aplicação das normas pela Administração Pública, e, após, a legalidade da competência, quando discorreremos acerca das normas de competência e dos poderes implícitos.

Dessa forma, observamos a diferença da função exercida pelas espécies normativas, sendo que as regras constitucionais organizadoras do Estado, incluindo-se as relativas à competência administrativa, são dotadas de uma ponderação pré-legislativa, a qual veda a ponderação horizontal que lhes subtraia o devido peso. Neste sentido, os princípios constitucionais não podem afastar a aplicação das regras constitucionais ou alterar as suas hipóteses de incidência. De outro lado, o sistema de escalonamento do nosso ordenamento impede a aplicação direta de princípios em detrimento de regras, vez que ocorre a violação à separação de poderes. Isso é verdade, mormente em vista à necessária integração do conteúdo

dos princípios a partir das regras. Quanto à ponderação realizada pela Administração Pública, a fim de aplicar as normas jurídicas, tem-se que esta vincula-se à ponderação prévia realizada pelo legislador e pelo constituinte.

Em relação à legalidade da competência, isto é, a necessidade de fundamento jurídico que fundamente a conduta administrativa, verificamos que as normas de competência são axiologicamente neutras, com um conteúdo moral mínimo. Ainda, para a construção destas, são utilizados princípios, que lhes incorporam valores, sendo aquelas típicas normas de estrutura, que disciplinam a produção de normas²⁸³ pela Administração Pública. Desse modo, as normas que outorgam competência possuem, na hipótese, um evento e, no consequente, uma relação jurídica entre o administrador, que tem a função de editar uma norma, e o administrado, que tem o direito de exigir o exercício da competência. Já os princípios, também normas de estrutura, são conceituados como mandados de otimização, possuindo, na hipótese, a introdução de uma regra no sistema, e, no consequente, a relação entre o administrador, que tem o dever de observar o mandato de otimização, e o administrado, que tem o direito de exigir a observância. Verificamos, assim, que as normas de competência são estruturalmente diferente dos princípios, sendo, portanto, regras, o que é ratificado pela classificação realizada segundo os autores estudados quanto às normas organizatórias. Por fim, quanto aos poderes implícitos, tem-se que estes decorrem necessariamente de uma regra de competência posta no sistema, por meio de interpretação teleológica ou sistemática, mas nunca de modo a lhe restringir ou alargar, apenas a aprofundando. Também é possível a sua verificação no caso de lacunas, por meio da utilização da ponderação administrativa, nos moldes expostos.

Em suma, o presente trabalho, com as limitações próprias, buscou responder à pergunta proposta, a partir dos autores analisados. Apesar das novas indagações que possa ter suscitado, verificamos indicativos de uma possível conclusão: a retirada de competência administrativa diretamente da Constituição é possível, desde que observada a conceituação das normas de competência como sendo regras, muito diferentes dos princípios, tidos como mandados de otimização e que apenas poderiam auxiliar na construção daquelas. Dessa forma, após o desenvolvimento da pesquisa, a hipótese inicialmente apresentada – que tomava como fundamento a doutrina tradicional e majoritária na matéria – não se sustenta.

283 Aqui em sentido amplo, fazendo referência igualmente aos atos administrativos.

A título de respostas secundárias, podemos apontar, ainda: a clara influência dos paradigmas positivista e pós-positivista no conceito de legalidade administrativa, bem como de reserva legal; a necessidade de observância da legalidade da competência, mesmo nas condutas administrativas que não restrinjam os direitos fundamentais; a diferença de função e estrutura entre regras e princípios; a ponderação administrativa vincular-se às ponderações anteriores do constituinte e do legislador; as normas de competência serem conceituadas como regras, e não como princípios; a possibilidade de poderes implícitos, oriundos de regras de competência postas, em casos excepcionais, para aprofundar uma competência existente (sem restringi-la ou ampliá-la) ou para colmatar lacunas, por meio do uso da ponderação administrativa.

Por fim, diversas questões emergem do estudo feito, as quais devem ser objeto de futuras análises. Podemos apontar, além do aprofundamento e revisão dos tópicos já analisados, as seguintes: a possibilidade de serem originadas regras a partir de princípios, mormente para a colmatação de lacunas, o que poderia ocasionar um modo indireto de se retirar competência da Constituição; a mudança de foco da atual dicotomia entre reserva legal e reserva constitucional, passando-se a adotar um possível critério de “reserva de regra” (de competência); e a influência dos princípios na formação das regras de competência, trazendo valores jurídicos para normas que seriam axiologicamente neutras, ou seja, com mínimo conteúdo moral.

Creemos que o mérito deste trabalho seja exatamente fomentar a discussão quanto ao tema, apontando os tópicos com este relacionados, de forma a sistematizar o conteúdo e a indicar uma visão transdisciplinar da matéria, porquanto temos como indissociáveis os conceitos utilizados pela Ciência do Direito para o estudo da competência administrativa e, conseqüentemente, da legalidade e da reserva legal. Tal correlação, como já referido, vem sendo feita por juristas de outras áreas, sendo imperativo que também ocorra dentre os administrativistas, para fins de solucionar as questões que se lhes apresentam.

REFERÊNCIAS

- AFONSO, João José Rodrigues. Proibições de consciência: normas axiologicamente negativas. In: CAMPOS, D. L. (dir.) Galileu: *Revista de Economia e Direito*, Universidade Autónoma de Lisboa, Vol. XVI, nº 2, 2011.
- ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 3ª ed. 7ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2012.
- ANDRADE, Paes de; BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra, 1989.
- ÁVILA, Humberto. *Neoconstitucionalismo: entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Bahia, número 17, jan./fev./mar. de 2009.
- _____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.
- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- BORTOLI, Adriano de. *Legalidade administrativa e garantia dos direitos fundamentais: a vinculação jurídica da Administração Pública no Estado Constitucional de Direito*. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Florianópolis, p. 205, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- _____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- CARLIN, Volnei Ivo. *Manual de Direito Administrativo: doutrina e jurisprudência*. 4ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de Direito Administrativo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, número 5, jan/fev/mar de 2006, Salvador, Bahia.

_____. Da constitucionalização do Direito Administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e da discricionariedade administrativa. In: DI PIETRO, M. S. Z.; RIBEIRO, C. V. A. (Org.) *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição*. São Paulo: Landy Editora, 2006.

DUQUE, Marcelo Schenk; RAMOS, Rafael. Comentários ao art. 1º da Lei 13.655/2018. In: _____. (Coord.), *Segurança jurídica na aplicação do direito público*, Salvador, Editora JusPodivm, 2019.

EISENMANN, Charles. O Direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 56, p. 47-70, abr. 1959. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/19443>>. Acesso em: 10 Out. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v56.1959.19443>.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 151-167, jan. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/4141>>. Acesso em: 19 Mar. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v250.2009.4141>.

FOLLADOR, Guilherme Broto. *As normas de Competência Tributária*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

FONTE, Felipe de Melo. Para além da legalidade: a constitucionalização do direito administrativo através do princípio da juridicidade, algumas propostas. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Livraria Editora Renovar Ltda., ano 4, nº 13, janeiro a março, 2009.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Da competência administrativa: origens constitucionais e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Ed. Resenha Universitária, 1977.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

- GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Trad. A. M. Hespanha. 7ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.
- GOMES, Carla Amado; LOPES LUÍS, Sandra. O dom da ubiquidade administrativa: reflexões sobre a actividade administrativa informal. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. 1 (2012), Nº 7, 3999-4053. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1128-2457.pdf>. Acesso em: 21/04/20.
- GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- HEINEN, Juliano. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- _____; MAFFINI, Rafael; SPARAPANI, Priscilia. *Comentários à Lei Federal do Processo Administrativo: Lei nº 9.784/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo* [livro eletrônico]. 4ª ed. baseada na 12ª ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- LOMBA, Pedro. Artigo 110º. In: *Comentário à Constituição Portuguesa*, III volume, 1º tomo: princípios gerais da organização do poder político, artigos 108º a 119º. OTERO, Paulo (Org.), Coimbra, 2008.
- MAFFINI, Rafael. Juridicidade Administrativa e Controle da Administração Pública. In: ROSSI, Benôni. (Org.). *Estudos da Escola Corporativa Dante Rossi*. Porto Alegre: Escola Corporativa Dante Rossi, 2019.
- MARRARA, Thiago. As fontes do direito administrativo e o princípio da legalidade. *Boletim de Direito Administrativo*, nº 1268, novembro/2012, pp. 1267-1287.
- _____. *Manual de Direito Administrativo: fundamentos, organização e pessoal*. São Paulo: Kindle Direct Publishing, 2017.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. A natureza dos princípios. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, nº 6, pp. 225-258, jul./dez., 2005.
- _____. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

_____. Teoria dos Princípios Fundamentais. *Direito do Estado*, Ano 2016, nº 216, 20/07/2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/teoria-dos-principios-formais>. Acesso em 27/04/2020.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México: Editora Nacional, 1975.

MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

_____. *Mutações de Direito Administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *O Direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MOTTA, Fabrício. O paradigma da legalidade e o Direito Administrativo. In: DI PIETRO, M. S. Z; RIBEIRO, C. V. A. (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes no direito tributário*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2006.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

_____. *Manual de Direito Administrativo*, volume 1. 2ª reimpressão da edição de 2013. Coimbra: Almedina, 2016.

PALMA, Rodrigo Freitas. *História do Direito*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. Artigo 112º. In: *Comentário à Constituição Portuguesa*, III volume, 1º tomo: princípios gerais da organização do poder político, artigos 108º a 119º. OTERO, Paulo (Org.), Coimbra, 2008.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REZENDE OLIVEIRA, Rafael Carvalho. *Curso de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: MÉTODO, 2018.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009.

SOUZA JÚNIOR, César Saldanha. *O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos poderes*. Porto Alegre: Fábio Fabbris Editor (Memória Jurídica Editora), 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

_____. *Fundamentos de Direito Público*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.