

RECEBIDO EM: 28/08/2016

APROVADO EM: 12/09/2016

A JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA CONTRÁRIA A DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: UMA RELATIVIZAÇÃO INCONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

***THE ADMINISTRATIVE LEGAL ACTION CONTRARY TO FUNDAMENTAL
RIGHTS IN THE PUNITIVE ADMINISTRATIVE PROCESS: A
UNCONSTITUTIONAL REMOVAL THE PRINCIPLE OF LEGALITY***

Sandro Lucio Dezan

*Doutorando em Direito, pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB;
Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de
Vitória - FDV; Professor de Direito Administrativo e Constitucional*

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

*Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF. Mestre
em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP
(2006) e Doutor em Direito Urbanístico pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
- PUC/SP (2012). Professor de Direito Administrativo e Urbanístico da Fundação Escola
Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - FESMPDFT. Professor
de Direito Administrativo e Urbanístico do Doutorado, Mestrado e Pós-Graduação Lato
Sensu do Centro Universitário de Brasília - UNICEUB*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Princípio da Legalidade Aplicado ao Processo Administrativo Sancionador; 2 A Equivocada Concepção de *Juridicidade Administrativa* para a Relativização do Princípio da Legalidade no Processo Administrativo Sancionador; 3 Limites da Juridicidade Frente ao Dever de Concreção de Direitos Fundamentais; 4 Considerações Finais; Referências

RESUMO: O presente texto tem por finalidade investigar a paulatina relativização do princípio da legalidade administrativa processual ditada pela aplicação da noção de juridicidade administrativa a influenciar a concepção de “pas de nullité sans grief”, sob a premissa de emprego da instrumentalidade das formas como mecanismo jurídico de legitimação das ilegalidades dos atos administrativos processuais. Por meio do método hipotético dedutivo incidente sobre teorias jurídicas de relevo e com o objetivo de aclarar a tensão entre as concepções de legalidade e de juridicidade, concluir-se-á que, a lei ainda se deve impor para a definição de nulidades processuais absolutas e, nesse contexto, o intérprete e aplicador do Direito Administrativo há de considerar, de modo “juris et de jure”, o absoluto prejuízo, não somente aos indivíduos envolvidos na relação processual, mas também ao próprio Estado, em razão do escopo do processo sancionador, dedicado, nos mesmos moldes dos processos jurisdicionais, à concretização de direitos fundamentais, para a realização da justiça por meio do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Relação Jurídica Processual. Princípio da Legalidade. Princípio da Juridicidade. Inconstitucionalidade da Interpretação Administrativa.

ABSTRACT: This text aims to investigate the gradual relativistic principle of procedural administrative legality dictated by the application of the concept of administrative legality to influence the design of “pas de nullité sans grief” under the employment premise of instrumentality of the forms as a legal mechanism legitimization of illegal procedural administrative acts. Through the hypothetical deductive method levied on legal theories of relief and in order to clarify the tension between the concepts of legality and legitimacy, it will be concluded that the law still should be imposed for the definition of absolute procedural nullity and in this context, the interpreter and applier of the administrative law is to be considered, so “juris et de jure” absolute loss, not only the individuals involved in the procedural relationships, but also the state itself, because of the process scope sanctioning, dedicated, in the same way of court proceedings, the implementation of fundamental rights, to the achievement of justice through law.

KEYWORDS: Administrative Law. Procedural Legal Relationship. Principle of Legality. Principle of Legality. Unconstitutionality of Administrative Interpretation.

INTRODUÇÃO

Os novos rumos experimentados pelo direito administrativo assimilam o fato de o princípio da legalidade não ser o único a moldar os contornos dos atos dos processos administrativos (e aqui, aferem-se também os atos dos processos sancionadores), na medida em que o *princípio da juridicidade administrativa* dos atos decisoriais se apresenta no cenário jurídico-normativo, para a concreção da lei na ideal medida de justiça almejada pelo Estado Democrático de Direito.

Sob essa óptica, lei (representando o princípio da legalidade) e teoria do Direito (como face do princípio da juridicidade¹) somam-se para as ações administrativas, mormente quanto à atuação administrativa processual. Em outras palavras, nos processos administrativos, para além da observância da lei estrita pela Administração Pública, mister se faz reconhecer que as teorias do Direito também ditarem o modo de agir processual, que, em diferenciados casos, podem levar ao afastamento da aplicação da lei estrita.

Nesse ambiente, *exempli gratia*, tem-se alargado a concepção de que a lei e o corolário princípio da legalidade são mitigados pelo reconhecimento de “eficácia” e da “efetividade” dos atos processuais praticados com ofensas à lei, desde que tais atos alcancem suas finalidades, ou seja, desde que os atos processuais anuláveis, à vista da branda invalidade constatada, não provoquem prejuízo ao administrado, parte ré da relação processual com a Administração, assim como, não provoque prejuízos a terceiros, não diretamente envolvidos com a Administração Pública. Trata-se do princípio da instrumentalidade das formas, ou “pas de nullité sans grief”, moldado pelo dever de juridicidade administrativa, incidente como juízo de valor a delimitar o que deve ou não ser convalidado² pelo Estado em sua persecução sancionadora.

Nessas balizas, a *juridicidade administrativa* (representada pela atuação processual conforme a lei e o *Direito*, mormente quanto a este

1 O princípio da juridicidade, de origem alemã, foi introduzido em nosso sistema de direito positivo pelo art. 2.º, Parágrafo Único, I, da Lei 9.784/99 e nesses termos assinala: “Art. 2.º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito [...]”.

2 O dever de convalidação dos atos administrativos processuais encontra-se previsto no artigo 55, da Lei 9.784/99, “*in verbis*”: “Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”.

último conceito, o *Direito*, a compreender a permissão de inserção no processo de teorias jurídicas nomeadas a subsidiarem os atos de decisão em direito sancionador) pode apresentar tendência à justificação da manutenção dos efeitos jurídicos processuais de atos contrários à lei. E isso é o que se apercebe após o advento da lei que regula o processo administrativo federal, Lei 9.784/99, mormente na medida de o processo sancionador caracterizar-se por ser iniciado, conduzido e decidido por autoridade não equidistante das partes, mas sim, a figurar em um dos polos da demanda: o polo ativo do processo. A relação processual administrativa no Brasil, dessarte, não é de caráter jurisdicional, angular ou triangular, a envolverem-se juiz imparcial e partes litigantes. Compreende relação dual, linear, em que a Administração Pública figura (i) como parte e (ii) como autoridade encarregada da decisão do processo, o que lhe retira a natureza jurisdicional de sua atuação no julgamento da lide administrativa.

Por outro lado, ao se considerar que, independentemente de sua edição em ambiente jurisdicional ou administrativo, o ato de decisão é, na essência, um exercício de valoração dos fatos e dos preceitos de direito positivo submetidos a exame, ou seja, um juízo de adequação para a aplicação da lei ao caso concreto, é possível sustentar argumentos contrários à indiscriminada utilização da alargada concepção de instrumentalidade das formas, para defender a invalidação dos atos processuais produzidos com ofensa às leis regentes do processo administrativo. Isso, por exemplo, pode-se obter com a deferência de ser a simples regularidade do processo sancionador uma intransponível garantia de defesa, decorrente do princípio do devido processo legal, contra o excesso sancionador do Estado-administração.

A instrumentalidade das formas processuais, ou seja, quando constatado, pela autoridade julgadora, que, mesmo com ofensa à lei de regência, os atos atingiram os seus escopos e, assim, lograram surtir os mesmos efeitos de atos válidos, não tem o condão de se impor ao devido processo legal, pois não se há de ignorar que a eventual sanção, decorrente de processo administrativo formado por atos convalidados, em uma acepção de processo justo, de justiça por meio do processo, fere o direito dos administrados ao devido processo legal.

Com efeito, o princípio “pas de nullité sans grief” subjugam-se ao direito de defesa, como expressão da mais ampla defesa decorrente do direito de os acusados em geral somente se submeterem e serem sancionados por meio de hígidos processos previstos em lei. O “pas de nullité sans grief” a dar os contornos da instrumentalidade das formas processuais, com a prescrição da não declaração de nulidade dos atos processuais e,

por conseguinte, reconhecimento da eficácia e efetividade das produções administrativas (convalidação dos atos administrativos), em razão da ausência de prejuízos ao interesse público e a terceiros, não tem o condão de se impor ao devido processo legal, pois não se há de ignorar que a eventual sanção, originária de processo administrativo formado por atos convalidados – inválidos na origem –, em essência, fere o direito de os administrados somente serem punido frente a um Estado respeitador das leis, mormente as leis processuais que serviram de base para a sanção por ele aplicada. Compreende faceta do devido processo legal a ser observada pelo Estado Democrático de direito.

À vista do exposto e para o propósito de realização da justiça e concreção de direitos fundamentais, sobre essa interação complexa entre a lei e a *juridicidade de convalidação dos atos processuais* – nas palavras de Antunes³, “invalidades não pronunciadas” –, sérias considerações devem ser formuladas, mormente na medida em que o modelo de manutenção da “marcha” administrativa processual, com a não observância da lei, ignora a *verdadeira função do processo*, pela óptica de ser ele instrumental à concreção de princípios e valores constitucionais de garantia dos acusados, e não à formal legitimação da conclusão, a qualquer custo (ou sob o argumento de “custo mínimo”), do ato final do processo administrativo.

Para Jean-Louis Bergel, pelo prisma da substância do Direito complexamente relacionada à forma do Direito, ou seja, pela óptica da necessidade de a concreção do direito material operacionalizar-se de modo legítimo somente por intermédio do exercício de um correlato substrato formal garantidor de direitos fundamentais – o devido processo legal –, há de se ter como pressuposto que o labor do intérprete do direito incide sobre um sistema organizado de valores, princípios e técnica, fundado na premissa de que “todo o ordenamento jurídico repousa na busca dos ‘valores sociais’ que se trata de apreender: justiça, segurança jurídica, progresso social, etc.”⁴. Considerar o direito material afastado do direito processual ou vice-versa, como lhe impõe a indiscriminada aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, faz sobressaltar, de modo desarrazoado, apenas uma face do Direito, a comprometer inegavelmente, *e.g.*, a justiça e a segurança jurídica, objetivadas pela ordem jurídica.

O processo não compreende, independente de balizas, uma fórmula de legitimação do exercício do poder, que por essa via, encontrar-se-ia

3 ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A ciência jurídica administrativa*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 252.

4 BERGEL, Jean-Louis. *Théorie générale du droit*. Paris: Dalloz, 2003. p. 8-25.

autorizado a funcionar de modo arbitrário e, sem embargo, dentro do “legal”, como conceito de *legalidade mitigada*. Muito mais que isso, o processo administrativo, e, do mesmo modo, qualquer processo jurídico estatal, comporta-se – ou assim o deveria – como instrumento de Estado, compromissado com valores de garantias dos jurisdicionados e dos administrados, com o fim, em consonância com a necessidade de aplicação da lei ao caso concreto, de limitar, e, mesmo, de impedir, os arbítrios estatais. Caso contrário, ao se ignorarem as formalidades legais de produção dos atos processuais e do próprio processo administrativo, bastaria a aplicação sumária da sanção estatal, legitimada simplesmente pelo ato silogístico de subsunção do conceito dos fatos à hipótese de incidência legalmente prevista, sem qualquer desenvolver de procedimento.

Como assinala Guedes Valente para o congênere direito penal, não se pode sucumbir o Estado ao escopo de eficácia e de efetividade a qualquer custo, mormente ao custo de direitos fundamentais dos acusados em geral. A dignidade da pessoa humana porta-se a requisitar deferência aos caros valores erigidos a bem coletivo e individual imprescindível, o qual o devido processo legal faz parte e “o atalho quase sempre acaba por tornar o caminho mais tortuoso e lento”⁵. Nas palavras do autor, essa acepção de interesse público, vertida em teoria da eficácia, inadvertidamente atrai o questionamento “se não seria mais fácil deter os infractores e julgá-los imediatamente em vez de perder tempo com os tribunais, efectuando-se um julgamento sumário e instantâneo pela voz do povo que ‘tem sempre razão’”⁶.

Impõem-se, ao menos, a verdade processual e, assim, faz-se imprescindível a observância do *devido processo legal administrativo sancionador*. Sem ele não se pode falar em responsabilização e sanção válidas, a representar, com efeito, o instrumento veiculador da válida incursão do que se referiu Jorge de Figueiredo Dias – para o direito penal e aqui, sem embargo, de conceito plenamente aplicável – como pressupostos positivos e negativos da punição (formalização da acusação e, *e.g.*, ausência da prescrição do procedimento e da pena)⁷.

Nessas balizas, analisemos a inter-relação entre os conceitos principiológicos ora expostos, para, ao final, tecermos as considerações

5 VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 17.

6 Ibidem, p. 17.

7 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português*. As consequências do crime. Coimbra: Coimbra, 2013. p. 44-45.

sobre a lente de que se deve valer o intérprete e aplicador do Direito para a adequada delimitação dos contornos do princípio da instrumentalidade das formas no ambiente administrativo processual.

1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE APLICADO AO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A submissão do Estado à lei e ao reconhecimento de igualdade de todos perante a regulação normativa nacional – e em casos específicos, supranacional – apresenta-se fundamental ao Estado de Democrático de Direito. As concepções de direito e de democracia não prescindem de se harmonizarem, para a formatação de uma ordem social igualitária e justa^{8/9}. Esse aporte conceitual é, em essência, fruto ao menos indireto da noção teórica de contrato social¹⁰, que fez emergir “la *potestas temperata*, de un poder que inevitablemente y cada vez más aparece rodeado de reglas y de límites”¹¹, embrionários, regras e limites, em que pese de base fundante contratual, da face atual do direito público¹², em que se insere a Administração estatal.

A observância das estruturas normativas editadas pelas autoridades constituídas surge como verdadeiro princípio, comumente a ela se referindo as ciências jurídicas, o direito positivo e a jurisprudência como *princípio da legalidade*. O dever de agir conforme a lei, nos seus limites, atendendo aos

8 Para uma análise da inter-relação entre direitos fundamentais e democracia, cf DELGADO, José Augusto. A evolução conceitual dos direitos fundamentais e a democracia. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 5, p. 11-31, jan. 2000; Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos, v. 1, p. 521-42, ago. 2011.

9 Para uma análise da inter-relação entre soberania, direito, poder constituinte e democracia, cf FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: editorial Trotta, 2001; Cf ainda _____. *Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano. I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia*. Napoli: Liguori, 1986. p. 309-346.

10 Abarca o princípio da legalidade (ou segurança jurídica dele advindo) como espécie de “direito natural” não renunciado. O homem passa a ser “agente ativo na modelagem de seu espaço social e político. Revivendo a teoria do contrato social – mas dando-lhe uma feição eurística – estes autores entendem que o estado deve ser organizado como se tivesse havido um contrato. Mas o homem, parte contratante, pela sua condição de ser racional e livre, e, pois, capaz de gerir seu destino, é titular de direitos. E quando se insere no Estado reivindica o reconhecimento e a proteção desses direitos. Ou porque a eles não renuncia ou mesmo renunciando, impõe como condição que o Estado criado pelo contrato devolva, com sua tutela, os direitos em causa” (LUISI, Luiz. Direitos humanos – repercussões penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, p. 75-79, p. 77, jan.1998).

11 FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 45.

12 Ibidem, p. 40-45.

mandamentos de obrigações, permissões e proibições, representativos das imposições, faculdades e omissões miradas pelo texto normativo, como normas de conduta e de regulação estatal e social¹³, foi paulatinamente¹⁴ concebido para fazer frente ao poder absoluto do monarca¹⁵, com vistas à imposição de balizas à tendente tirania do Estado absolutista. A lei, como princípio do Estado de Direito, já em ascensão com a virada da antiguidade para a idade média, em que a normatividade, nesse primeiro momento, a afastar-se da exclusividade radical dos aportes político e moral, passou vocacionar-se ao campo normativo-positivo, ao mundo do direito-texto¹⁶. Em um segundo momento, experimentou avanços ainda mais profícuos, a partir das revoluções americana, de 1779, e francesa, de 1789, inclusive com o advento da teoria da separação dos poderes^{17/18}, em que a função legislativa e, por conseguinte, as leis passaram a ser fruto, apesar de indireto, do poder emanado do povo¹⁹, da soberania do povo, até então, sem qualquer participação verdadeiramente de relevo nas diretrizes

-
- 13 Cf BERGEL, Jean-Louis. *Théorie générale du droit*. Paris: Dalloz, 2003; FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 2010; VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. v. I. São Paulo: AXIS MVNDI IBEST, 2003; _____. *Escritos jurídicos e filosóficos*. v. II, São Paulo: AXIS MVNDI IBEST, 2003; Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999; BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2014; _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2014.
- 14 Por mais que tracemos uma abordagem dos institutos jurídicos “lei” e “legalidade”, em linhas gerais, em um raio temporal célere de abrangência visto pela óptica do direito ocidental, não pretendemos aqui, advertimos, fazer qualquer incursão histórica sobre tais – o que seria deveras prolongado e extra ao propósito de nossos estudos –, mas sim traçar o *iter* lógico que firma o fundamento da aplicação da legalidade às ações da Administração Pública, mormente ao processo administrativo que ora nos detemos à pesquisa. Sem embargo, a abordagem da origem dos institutos, pelo cariz de sua incidência vinculante do Estado, faz-se imprescindível.
- 15 Cf LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, reconhecido como o primeiro dentre os teóricos contratualistas a reconhecer diretamente a necessidade de limitação do poder do Estado.
- 16 FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 38.
- 17 MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- 18 Sobre a necessidade de um princípio de autoridade, porém submetido ao coletivo social, por meio do que se denominou de supremacia da comunidade política, Cf FIORAVANTI, Maurizio, op. cit., p. 47.
- 19 Cf ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Princípios do direito político. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, ao traçar as linhas gerais que assinalam que o poder emana do povo, titular do poder e, destarte, da soberania. A origem do poder soberano advém do povo, sob a óptica de Rousseau – concepção esta que se estendeu às Constituições contemporâneas.

do Estado²⁰. Impôs-se, pela vontade do povo, a submissão do Estado ao ordenamento jurídico, inaugurando o denominado Estado de Direito²¹.

O princípio da legalidade caminhou em dois sentidos:

- (i) O primeiro e mais abrangente, a prescrever que ao Estado e, por conseguinte, à Administração Pública somente se legitimam a ação ou a omissão ao amparo de previsão expressa de texto legal, votado e aprovado pelo parlamento; e
- (ii) O segundo, especificamente incidente sobre o poder punitivo do Estado, a sustentar que somente a lei, também em sentido estrito (votada e aprovada pelo parlamento) tem o condão de proibir ou impor condutas, sob a ameaça de sanção.

Em razão do escopo inicial da presente investigação, em que se pretende traçar as características da tensão entre legalidade e juridicidade, o que não se encontra na legalidade afeta à tipicidade dos ilícitos administrativos, não trataremos aqui dessa segunda concepção. Todavia, quanto ao primeiro caso, a questão principiológica posta em análise gira em torno da definição do conceito de “lei”, que, em sentido estrito e na experiência brasileira, consiste na prescrição normativa geral e abstrata, votada e aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, com posterior publicação (conforme o estabelecido no processo legislativo – arts. 59 e seguintes da Constituição Federal), para assim, ter eficácia jurídica e social. Em sentido lato, a lei pode ser entendida como qualquer ato da Administração Pública, editado pela autoridade competente

20 Quanto ao exercício direito da democracia, ressalvas se façam, para essa época, para o período caracterizado como espécie de democracia referente à *polis* grega e à *res publica* romana (entretanto, sem se falar, ainda, no conceito comum e propriamente dito de “soberania” – em qualquer de seus sentidos adjetivados –, somente concebido a partir do Estado moderno, mas apenas em participação popular). *Exempli gratia*, cfo princípio da primazia da igualdade ateniense, para os cidadãos da cidade-estado de Atenas, consoante assinala FIORAVANTI, op. cit., p. 15-3. Anote-se ainda, conforme assinala Fioravanti, p. 33, que na *polis* grega e na *res publica* romana ocorreram “experiencias políticas y constitucionales de alguna manera participativas, que incluso estaban fundadas sobre un cierto protagonismo de los ciudadanos” e que a na idade média, os príncipes eram os que ditavam as leis a ela não se submetiam, posto que legítimos responsáveis, em absoluto, pela promoção da justiça e da equidade. Com efeito, não se submetiam, de modo algum, a qualquer eficácia de sanção legal, para assim ditarem leis. Nesses termos, vigorava a máxima *quod principi legis habet vigorem* (Ibidem, p. 40).

21 Cf ALBORNOZ, Antonio Ortega Carrillo de. *Derecho privado romano*. Málaga: Ediciones Del Genal, 2010; EVANGELISTA, Fermín Camacho. *Derecho público romano*. Granada: Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 2005; HAARSCHER, Guy. *Filosofia dos direitos do homem*. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997; STRAUSS, Leo. *Direito natural e história*. Lisboa: Edições 70, 2009.

e em harmonia com as teorias de existência, validade e eficácia (jurídica e social) dos atos administrativos, e com o fim de genérica e abstratamente regular condutas internas à própria Administração ou, sem embargo, direcionadas aos administrados, ou a determinado grupo de administrados.

O inciso II, do art. 5º da Constituição Federal, prescreve que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, a declinar que os indivíduos submetidos à soberania do Estado e, por consequência, ao ordenamento jurídico nacional, somente serão compelidos a agir ou a se omitir se houver lei que assim disponha, obrigando-os a um ou outro tipo de comportamento.

Com fundamento nesse inciso II do art. 5º em consonância com o estatuído no *caput* do artigo 37 do texto constitucional, verifica-se a essência normativa de que a Administração Pública tem o dever de atuar somente conforme a lei, nos seus limites, não lhe sendo permitido agir *extra*, *ultra* ou *contra legem*, conquanto limitar-se (e a não prescindir, na maioria dos casos, da) à manifestação prévia da lei, a determinar ou a facultar o seu proceder. A Administração somente age ou se omite ao amparo de previsão legal para o seu comportamento num ou noutro sentido. Distingue-se, deste modo, da faculdade de agir do particular, que não encontra limites no silêncio da norma, a permitir qualquer tipo de conduta, comissiva ou omissiva, se a lei, ativamente, não lhe proibir. A regulação jurídica distingue-se para um e para outro - para o particular e para a Administração -, na medida em que a Administração Pública nomeadamente, para agir ou omitir-se, encontra-se na dependência de manifestação legal, ao menos em forma de silêncio eloquente²².

Para Hartmut Maurer²³, o princípio da legalidade no plexo de abrangência da normatividade administrativa, divide-se em dois outros distintos, quais sejam o da (i) *primazia da lei*, que prescreve que ao servidor público é proibido agir ou se omitir em conduta ofensiva a lei (o que, a nosso ver, fundamenta a instituição de regimes disciplinares), dando um efeito ativo à lei, e o princípio da (ii) *reserva da lei*, que prescreve que a Administração Pública somente pode manifestar a sua vontade,

22 Ressalva se faça para os casos de decretos autônomos da Administração, previstos na Constituição Federal brasileira de 1988, no artigo 84, VI, alíneas “a” e “b”, nos seguintes termos: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VI – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”.

23 MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luiz Afonso Heck. 14. ed. São Paulo: Manole, 2006.

agir ou se omitir, se houver previsão ou imposição legal para isso, apresentando um efeito negativo ao diploma normativo. Nesse último caso, a omissão legislativa representa, de fato, uma proibição de conduta para a Administração.

A normatividade do princípio da reserva legal assinala que a Administração Pública somente poderá agir perante autorização expressa de lei, fazendo-se constatar que “esse princípio, portanto, pede mais do que o princípio da primazia. Enquanto este apenas (negativamente) proíbe a infração contra leis existentes, aquele pede (positivamente) um fundamento legal para a atividade administrativa”²⁴.

Hely Lopes Meirelles, em passagem muito conhecida, aborda o aspecto “reserva da lei”, tratado por Hartmut e assinala que “*na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto que na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*”²⁵. Afere-se daí uma *relação de subordinação* da Administração Pública à lei, distinta da *relação legal de coordenação* regente dos assuntos particulares. Nesse sentido, sustenta Maurice Hauriou que a Administração não se encontra totalmente animada por uma vontade livre interna, mas sim depende da lei para o seu agir. O seu atuar, por uma óptica interna é livre, porém sujeito a uma vinculação interna, representada pela lei. Assinala que “*l’administration, ainsi que nous l’avons déjà montré, n’est pas animée, dans ce qu’elle fait, d’une volonté intérieure légale, elle est animée d’une volonté exécutive libre assujettie à la loi comme à un pouvoir extérieur*”²⁶.

Essa liberdade de conduta deferida ao particular radica conotação no direito privado clássico, do auge do modelo jurídico liberal, garantidor da autodeterminação individual da autonomia privada, que apresentava estatuto regulatório jurídico distinto e estanque, não compartilhado ao do direito público, conquanto orientado sob as balizas de normas *e. g.* regentes das pessoas e da proteção jurídica contra delitos, do direito e propriedade

24 MAURER, op. cit., p. 122.

25 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 82.

26 HAURIOU. Maurice. *Précis de droit administratif et droit public*. Paris: Éditions Dalloz, 2002. p. 356; Cf ainda HAURIOU. Maurice. *Principes de droit public*. Paris: Éditions Dalloz, 2010; _____. *La gestion administrative*. Étude théorique de droit administratif. Paris: Éditions Dalloz, 2012. Quanto às relações de subordinação e coordenação aventadas, conferir MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. 2. tomo. São Paulo Malheiros: 2010.

e da liberdade dos contratos, em uma ordem normativa exclusiva, sem imanescentes compromissos ético-sociais²⁷.

A par disso e da crescente eficácia horizontal dos direitos fundamentais para a imposição de reconhecimento e aplicação de categorias naturais do direito público ao âmago das relações privadas, sobre tudo à luz da necessidade de não extinção da autonomia privada, mas da sua harmonização à autonomia cidadã do particular e à autonomia pública regulatória, “o liame que vincula a Administração à lei é mais estrito que o travado entre a lei e o comportamento dos particulares”²⁸. Nesse sentido, “a constituição democrática cria um nexo entre o direito privado e o catálogo ampliativo de direitos fundamentais, o qual obriga o legislador do direito privado e repercute na jurisprudência do tribunal constitucional”²⁹, sem embargo de vincular a Administração Pública à legalidade, como direito fundamental dos administrados em geral.

À vista de todo o exposto, a considerar o fato de as ações Administrativas serem levadas a efeito no bojo de processos administrativos decisórios e sancionadores, a doutrina de direito administrativo³⁰ – e mesmo de direito constitucional – é uníssona em afirmar que o princípio da legalidade, conforme ora estudado, é inteiramente aplicado não somente aos atos materiais editados pela Administração Pública, mas, igualmente, às normas regulatórias dos procedimentos administrativos que formam a relação sancionadora em contraditório, a envolver o Estado-administração e o administrado.

A teoria clássica da legalidade administrativa apenas aceita a possibilidade mitigada de convalidação dos atos administrativo, incidente sobre os defeitos sanáveis desses atos, em que se reconheça a mera anulabilidade, como nulidade expressão de relativa do processo. Todavia, o novel princípio da juridicidade administrativa passou a se interpor às antigas noções de alcance e de limite da convalidação dos atos administrativos, na medida em que alargou a instrumentalidade das formas processuais, com vista a propiciar, por meio da extrema concreção do brocado “pas de nullité sans grief” e pela óptica absoluta celeridade processual e razoável

27 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre facticidade e validade. v. II, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 132-134 e 147.

28 MELLO, op. cit., p. 36.

29 HABERMAS, op. cit., p. 140.

30 Por todos, cf: OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

duração do processo, ao ponto de sufragar o processo, reduzindo-o a mero ramo adjetivo do direito material.

Vejamos, destarte, as linhas diretrizes do princípio da juridicidade administrativa, para o sopesamento da tensão entre essa nova matriz e o princípio da legalidade processual da Administração Pública.

2 A EQUIVOCADA CONCEPÇÃO DE JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA PARA A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Um dos mais relevantes efeitos da aceitação da processualidade ampla³¹, a alcançar não somente os processos jurisdicionais, mas também os processos nas diversas áreas do direito público, compreende a necessidade de atuação conforme a *lei* e o *Direito*, a libertar o processo administrativo de seu inicial confinamento em um ambiente somente formal, para, a partir desse marco conceutivo, dar-lhe *substancia*, a exemplo do que já ocorria em sede jurisdicional, com notada ampliação das funções atípicas legislativa, executiva e jurisdicional, a serviço da cooperação complexa entre os Poderes da República, na busca da aplicação do direito ao caso concreto de modo eficiente eficaz e efetivo dos direitos e garantias constitucionais fundamentais. Anote-se que o vocábulo “substancial” aqui é empregado no sentido de permeabilidade por *valores morais*, como se refere ao termo Gustavo Zagrebelsky³².

O princípio da juridicidade encontra-se positivado no art. 2º, Parágrafo Único, da Lei 9.784/99, em que se prescreve que “nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de [...] atuação conforme a lei e o Direito”.

A inovação incide justamente na previsão de atuação conforme o “Direito”, como substrato distinto da atuação conforme a “lei”. Parte-se da premissa de que “lei” e “Direito” são conceitos jurídicos distintos e, com efeito, a atrair a utilização de diversos elementos novos, para além da concepção estrita de “lei”. Mitiga-se, destarte, o princípio da legalidade administrativa, com a incorporação ao sistema de regulação do agir Administrativo de teorias do Direito, como justificantes dos métodos decisórios. Não se afasta a vinculação à legalidade, mas permita ao gestor

31 Para aprofundar estudos sobre os temas “processualidade ampla” e “processualidade “estrita”, cf: MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 65 e ss.

32 ZAGREBELSKY, Gustavo. *La ley y su justicia*. Tres capítulos de justicia constitucional. Madrid: Trotta, 2008.

administrativo conceber a legalidade como algo muito maior que a simples letra de lei, como, por exemplo, para permitir que o administrador público deixe de cumprir a lei, para atender a uma concepção maior de sistema jurídico, de caráter unitário, coeso e coerente.³³

Partindo-se da premissa de que cabe também à Administração Pública (a par do Poder Judiciário, o qual detém a última palavra em “dizer o Direito”) o dever de interpretar e aplicar o Direito, solucionando o caso concreto posto por lei à sua esfera de atribuição e de decisão, o princípio em comento delimita que o agir da Administração não se confina aos preceitos legais, aos limites dados pela lei. Rege-se também pelo Direito, para abarcar os princípios, implícitos e explícitos, as regras e, notadamente os valores jurídicos que permeiam os princípios jurídicos em si.

Verifica-se assim que a Administração Pública, em suas ações para a concretização de decisões administrativas, submete-se a uma nova regulação de atuação, não mais adstrita a lei pura, conquanto disponíveis novos elementos, extrínsecos ao direito positivo – mas com ele coerentes –, compreendendo, destarte, o aporte, *e.g.*, das teorias gerais do direito e do processo, para as construções de atuações até mesmo contrárias a uma determinada lei isolada³⁴.

A juridicidade haurida à qualidade de princípio impõe a atuação da Administração não somente conforme a *lei*, mas também conforme o *Direito* como um todo. A lei é o seu ponto de partida, e o Direito, como ciência, o seu campo de atuação e, por outro lado, a sua fronteira intransponível.

Há como balizas para a Administração (i) o direito haurido da *estrutura literal* da lei e (ii) o direito proveniente dos valores oriundos das possibilidades de interpretação dessa mesma lei, com fundamento em abertura normativa, de característica plurissignificativa e, mesmo, evolutiva. Não se trata de tese nova. Já esposada por Eduardo García de Enterría, na obra “*Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*”, em comentários aos artigo 103.1 da Constituição da Espanha, Artigo 103.1, em que esclarece que a Administração Pública, no uso de seu direito de ação procedimental deve agir “con sometimento pleno a la Ley y al Derecho [y] examinado en sí mismo, este precepto es realmente notable, puesto

33 Sobre as características o ordenamento jurídico, cf: BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2014.

34 Quanto à defesa da possibilidade de juridicidade administrativa constitucional *contra legem*, cf: ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente de. *Juridicidade contra legem no processo administrativo*. Limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Porto Alegre: livraria dos Advogados, 2010.

que pressupone de manera inequívoca que existe un Derecho que tiene otro origen distinto del de la Ley”³⁵.

Assegura, portanto, que toda a atividade do Estado no exercício da função administrativa deve-se pautar em regras de comportamento, as quais devem previamente autorizar sua ação ou omissão (legalidade estrita), sem embargo de, imprimindo um viés ampliativo, utilizá-las, as leis e sistemas jurídicos e suas teorias, incluindo os princípios e valores implícitos decorrentes das leis e do ordenamento jurídico como um todo, para fundamentar as suas decisões.

A doutrina tem denominado essa ampliação que vai para além das fronteiras da legalidade estrita como “bloco de legalidade”, na medida em que estende as margens dos institutos jurídicos justificantes da atuação administrativa, validando-a desde que, partindo da legalidade estrita, mantenha-se dentro da Ciência do Direito. Com isso, podemos considerar, *exempli gratia*, a deferência à força normativa dos princípios implícitos da ordem jurídica em seu contexto – identificação de valores jurídicos afetos ao sistema jurídico como unidade –, para a fundamentação de decisões administrativas, inclusive em sede de processo administrativo sancionador.

Do exposto, do enunciado do Art. 2.º, Parágrafo Único, I, do estatuto geral regente do processo administrativo em sede de administração federal, Lei 9.784/99, denotam-se dois mandamentos, quais sejam o de (i) atuação conforme a lei e o de (ii) atuação conforme o *Direito*. O primeiro decorre da necessidade de observância da estrita legalidade para fundamentar o agir administrativo, em que somente se tachará de legítima a conduta plenamente amparada na lei – princípio da legalidade estrita. O segundo mandamento, atuação conforme o Direito, a imprimir a possibilidade de a Administração fundamentar suas ações decisórias, incluindo-se a condução de processos administrativos, por regras jurídicas de interpretação e aplicação da lei, valendo-se, *e.g.*, das regras de hermenêutica e da dogmática jurídica.

Importa, com isso, em uma Administração juridicizada, permeada pelas noções de ordenamento jurídico, sistema jurídico, normas-princípios, normas-regras, assim como valores neles contidos, decorrentes desse ordenamento regente de seu agir ou de seu omitir.

35 ENTERRÍA, Eduardo García de. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*. Madrid: Civitas, 1996. p. 93.

Por outro lado, sem embargo à atuação administrativa juridicizada, o que de tudo é louvável à solidificação do Estado Democrático de Direito, a juridicidade nos moldes em que tem sido esposada presta-se, inadvertidamente, ao reforço do princípio *pas de nullité sans grief*, como método para supradimensionamento da instrumentalidade das formas no processo administrativo sancionador, como se “sobreprincípio” ou “superprincípio” fosse. Por meio dela, a Administração Pública tem interpretado as nulidades processuais com o entendimento de que toda e qualquer eiva é convalidável, não fazendo distinção entre as nulidades absolutas e as nulidades relativas, o que traz instabilidade ao método de reconhecimento e de declaração dos vícios processuais, assim como incute insegurança jurídica ao sistema de direito positivo e, por conseguinte, dá azo à injustiça, pelas mãos do Direito.

A juridicidade administrativa possui apenas uma face harmonizada à ordem jurídica e a sua essência não perpassa por supressões de direitos fundamentais dos administrados envolvidos em um dos polos do processo administrativo sancionador.

3 LIMITES DA JURIDICIDADE FRENTE AO DEVER DE CONCREÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O processo administrativo sancionador, assim como toda espécie de processo estatal, encontra-se, para uma teoria majoritária³⁶, quedado sob os efeitos do princípio da instrumentalidade das formas processuais, ou do formalismo moderado, a ditar as regras de validade e de nulidades processuais, sob o argumento de não se declarar nulidades sem a demonstração de prejuízos à (e pela) defesa, parte processada. Compreende normativo representado pelo princípio *pas de nullité sans grief*.

Esse fenômeno ocorre em face de uma espécie de busca de eficiência e efetividade da razão punitiva do Estado-sancionador, patenteada a afastar qualquer forma de interpretação jurídica que “tempere” ou “pondere” as importâncias equânimes do direito material e do direito processual, empregados na persecução punitiva, o que denota, por parte do Estado, o que Edgar Morin classificou como “racionalidade seletiva”³⁷.

36 Por todos, cf: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003; MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito privado civil*. v. 2. Campinas: Millennium, 2000; _____. *Manual de direito processual civil*. v. 1. Campinas: Millennium, 1998.

37 MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.

Não obstante, imperioso se considerar que direito material e direito processual encontram-se em interação cooriginária e complexa, submetidos à ética da alteridade, a formarem o dever de observância dos propósitos teleológicos, funções e finalidades constitucionais da relação jurídico-administrativa em contraditório.

Sob esse olhar, pode-se declinar que os efeitos jurídicos dos princípios *pas de nullité sans grief* e seus corolários (instrumentalidade das formas e formalismo moderado) subjazem adstritos ao mínimo necessário à concretização dos direitos e garantias fundamentais dos acusados.

A juridicidade administrativa deve também assim ser empregada. Como ferramenta extremamente eficaz a serviço da Administração Pública, em um Estado que se diga Democrático e de Direito, somente se legitima ao Estado-administração afastar-se da legalidade estrita na justa e necessária medida para a materialização de valores identificados na Constituição Federal, com os propósitos de concretização de direitos fundamentais.

O princípio da legalidade administrativa não se encontra superado e o princípio da juridicidade, nos seus limites justificados, veio a complementar a necessidade de atuação célere e flexível do Estado, todavia, unicamente direcionado à concretização de direitos fundamentais dos administrados.

Assim, no âmbito do direito administrativo sancionador, há de se considerar que as nulidades absolutas, compreendidas, por exemplo, aquelas que digam respeito aos direitos ao contraditório e à ampla defesa, devem ser reconhecidas de ofício, insuscetíveis de convalidação decorrente da instrumentalidade das formas ou do “*pas de nullité sans grief*”. O Prejuízo, em casos desse jaez, são absolutos “*juris et de jure*”, prescindindo de demonstração pela defesa.

Não somente o interesse defensivo processual depõe nesse sentido. O próprio interesse público assim o requer, uma vez que é requerida por toda a sociedade, por toda a coletividade administrada, a atuação administrativa com o maior grau de eficiência e com a menor lesividade possível, de modo a afastar qualquer possibilidade de lesão a direitos dos administrados submetidos ao processo sancionador desenvolvido pela Administração Pública.

O princípio da juridicidade administrativa equivocadamente dedicado unidirecionalmente à supervalorização da instrumentalidade das formas e do *pas de nullité sans grief* leva à nociva polarização

personificada do que denominamos de *direito material acusador* e de *direito processual defensivo*. Isso se contrapõe à necessidade de preservação de garantias dos administrados diante do tendente excesso e arbítrio de poder por quem o exerce, no caso o Estado-administração³⁸. Majoritária doutrina é assente em esclarecer que “el poder estatal se coloca frente a los individuos en forma drástica y peligrosa. Todo manejo del poder envuelve la posibilidad de abusos”³⁹. Há de se sobressair, como faceta do *devido processo legal constitucionalmente qualificado*⁴⁰, o princípio do processo justo à vista do respeito ao dever de invalidação frente a atos nulos, provenientes de normas de qualquer hierarquia e implícitos ou explícitos nessas normas, atentando-se para o fato de que “en tema de principios procesales, universalmente no se distingue entre los que emergen de la ley fundamental (Constitucion Politica) y los que tienen su origen em la legislacion comum”⁴¹, para, em um sentido de cooperação mútua entre as partes em litígio – Administração Pública e administrado –, a *desapropriação* e *despersonificação* dos ramos epistemológicos material e processual do direito sancionador.

Nas balizas de se tratar de instrumento de garantia do particular, o processo administrativo compreende a sede própria, legítima e adequada de atuação da Administração. Afere-se daí ser o único meio de ação administrativa de resolução de conflitos, que mescla e coloca em “paridade de armas” “poderes” administrativos e direitos e garantias dos administrados, para o reconhecimento dessa função administrativa, a função sancionadora, pelo Estado

38 BINDER, Aberto M. La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República” en Política Criminal Bonaerense. In: *Ciências Penales*. 17 n. 23. São José da Costa rica, 2005.

39 EBERHARD, Schmidt. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*. Córdoba: Lerner, 2006. p. 26.

40 O que se afirma encontra amparo, por tratar-se de teoria aplicada não somente à *comom law*, mas a todas as teorias de respeito aos direitos fundamentais, na “doutrina da posição preferencial” da Suprema Corte americana, em que, constatadas relações jurídicas processuais envolvendo direitos fundamentais, ao se empregar pelo Tribunal a técnica do *balancing* e a razoabilidade, deferem inicialmente, de plano, mais peso, ao direito litigioso que contenha valores fundamentais da pessoa humana, ou seja, encontre-se permeado por direitos fundamentais e “isso ocorrerá quando estiver em questão uma privação de um Direito Fundamental que ocupe posição preferencial”. Cf MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da suprema corte norte-americana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 51, p. 346-361, Abr. 2005. p. 348.

41 EBERHARD, op. cit., p. 239.

Democrático de Direito – forma de legitimação do exercício de sua atividade sancionadora⁴².

Com efeito, a atuação conforme a *lei* e o *Direito*, como expressão da juridicidade administrativa, somente se legitima à luz do Estado Democrático de Direito, para o reconhecimento de direitos constitucionais e fundamentais dos administrados e nunca para os minimizar ou os afastar.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, conclui-se que há para a Administração Pública a necessidade intransponível de submissão à lei e, não obstante, a permissão de utilização das teorias do Direito, das ciências jurídicas, como metalinguagem do direito positivo como objeto, para a solução dos casos postos a seu cargo e, aqui, se incluem as atividades administrativas de instauração, processamento e decisão de processos administrativos sancionadores.

Ao considerar-se essa adstrição à lei, inicialmente surge a concepção atinente de que “o que não está nela incutido, deve ser afastado”. Esta é a face do princípio da legalidade administrativa, vinculante de toda a Administração Pública.

Assim, não se constituindo em ao menos princípios implícitos imanentes do sistema normativo, fica vedada a utilização de fundamentos extrajurídicos, a exemplo da equidade ou de valores morais não expressos ou implicitamente positivados, ao mesmo em uma concepção sistemática, plasmados em comandos normativos, para a motivação de seus atos, sob pena de ofensa da legalidade estrita em comento.

Por outro lado, a concepção de legalidade administrativa evoluiu para abarcar formas de modulações das regras e princípios, expressos e implícitos, sob o manto do Direito como um todo, a compreender as diversas possibilidades hermenêuticas e suas teorias correlatas, trazendo o aporte de toda a Teoria Geral do Direito para a formação dos limites dessa “nova legalidade administrativa”.

Com efeito, o princípio da *atuação conforme a lei e o Direito*, princípio da *juridicidade administrativa*, reflete faceta do próprio *princípio da*

42 ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A ciência jurídica administrativa*. Coimbra: Almedina, 2013; _____. *A teoria do acto e da justiça administrativa*. O novo contrato natural. Coimbra: Almedina, 2015.

legalidade, todavia, em seu sentido lato, a dar à Administração legitimidade interpretativa da lei, do texto-normativo, do direito-texto e das teorias do Direito a ele aplicáveis, para a resolução do caso concreto⁴³.

A juridicidade se estende a todo e qualquer ente ou órgão estatal com poder de decisão, nos limites do exercício de cada função do Estado e, todavia, nesse contexto e, mormente, nos autos de direito administrativo sancionador, deve ser empregada apenas para o reconhecimento e concreção de direitos fundamentais. Não se legitima à extensão do princípio da instrumentalidade das formas e do “pas de nullité sans grief”.

No entanto, esse atuar da Administração Pública com juridicidade não representa poder absoluto, a distanciar o Estado-administração do múnus de gestor constitucional da coisa pública. Não lhe dá poderes, mas antes, deveres, na medida em que a juridicidade é regida pelo Estado Democrático de Direito e, sem óbices, também orientada pelo interesse público, que, em linhas gerais, compreende o dever de concreção de direitos fundamentais dos administrados, incluindo-se aqui os submetidos ao processo administrativo sancionador.

Nessas balizas, não são compatíveis com o Estado Democrático de Direito, com a persecução do interesse público e com a função moderna de concretização de direitos fundamentais a utilização indistinta do princípio da juridicidade para ações que levem ao mínimo as garantias processuais dos administrados envolvidos em ralação jurídica sancionadora com a Administração.

O superdimensionamento da instrumentalidade das formas e do “pas de nullité sans grief”, pela via da juridicidade administrativa, perfaz, por todo o exposto, inconstitucionalidade patente, por ofensa ao princípio do devido processo legal, constitucionalmente qualificado para também abarcar as relações entre Administração e administrados no bojo do processo administrativo sancionador.

Destarte, essa relação permeada pela essência do devido processo legal põe-se a requerer do intérprete e aplicador do Direito Administrativo a suficiente sensibilidade para perceber os limites da função jurídica administrativa e, destarte, atribuir-lhe nova roupagem, apta a desenvolver as diretrizes para uma moderna Administração Pública, abalizada às necessidades de um verdadeiro Estado Democrático e de Direito.

43 OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011.

REFERÊNCIAS

- ALBORNOZ, Antonio Ortega Carrillo de. *Derecho privado romano*. Málaga: Ediciones Del Genal, 2010.
- ALBUQUERQUE JÚNIOR, Raimundo Parente de. *Juridicidade “contra legem” no processo administrativo*. Limites e possibilidades à luz dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade. Porto Alegre: livraria dos Advogados, 2010.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *A ciência jurídica administrativa*. Coimbra: Almedina, 2013.
- _____. *A teoria do acto e da justiça administrativa*. O novo contrato natural. Coimbra: Almedina, 2015.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BERGEL, Jean-Louis. *Théorie générale du droit*. Paris: Dalloz, 2003.
- BINDER, Aberto M. La fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República” en Política Criminal Bonaerense. In: *Ciências Penales*. 17, n. 23. São José da Costa rica: 2005.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2014.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: Edipro, 2014.
- CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Forense, 1970.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Manual de direito processual civil*. v. 1. Campinas: Millennium, 1998.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo do Brasil*. Processo administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.
- _____. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Forense, 1966.

DELGADO, José Augusto. A evolução conceitual dos direitos fundamentais e a democracia. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 5, p. 11-31, jan./2000, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 1, p. 521-42, ago. 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português*. As consequências do crime. Coimbra: Coimbra, 2013.

DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

EBERHARD, Schmidt. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*. Córdoba: Lerner, 2006.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*. Madrid: Civitas, 1996.

EVANGELISTA, Fermín Camacho. *Derecho público romano*. Granada: Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale. Roma-Bari: Laterza, 1996.

_____. a cura di E. Vitale. I diritti fondamentali nella teoria del diritto. *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, I ed. 2001. p. 119-175.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

_____. Stato di diritto e Stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano. *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia*. Napoli: Liguori, 1986. p. 309-346.

HAARSCHER, Guy. *Filosofia dos direitos do homem*. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Entre facticidade e validade. v. II, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et droit public*. Paris: Éditions Dalloz, 2002.

_____. *Principes de droit public*. Paris: Éditions Dalloz, 2010.

_____. *La gestion administrative*. Étude théorique de droit administratif. Paris: Éditions Dalloz, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LLOBREGAT, José Garberí. *Derecho administrativo sancionador práctico*. v. I, Barcelona: Boch, 2012.

_____. *Derecho administrativo sancionador práctico*. v. II, Barcelona: Editorial Boch, 2012.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LUISI, Luiz. Direitos humanos – repercussões penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 21, p. 75-79, jan. 1998.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito privado civil*. v. 2. Campinas: Millennium, 2000.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da suprema corte norte-americana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 51, p. 346-361, abr. 2005.

MAURER, Hartmut. *Direito administrativo geral*. Tradução de Luiz Afonso Heck. 14. ed. São Paulo: Manole, 2006.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Tomo I. Parte Geral. Tradução de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo civil moderno: parte geral e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. 2. tomo. São Paulo Malheiros: 2010.

MENEGALE, J. Guimarães. *O Estatuto dos Funcionários*. v. II. São Paulo: Forense, 1962.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das leis*. São Paulo: Marins Fontes, 1993.

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011.

PAVAJEAU, Carlos Arturo Gómez. *Fundamentos del derecho disciplinario colombiano*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 29, p. 55-64, out. 1999, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 30, p. 146-155, jan. 2000, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 1, p. 1033-1042, ago. 2011, DTR, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Princípios do direito político. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

STRAUSS, Leo. *Direito natural e história*. Lisboa: Edições 70, 2009.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Processo penal*. tomo I. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. v. I. São Paulo: AXIS MVNDI IBEST, 2003.

_____. *Escritos jurídicos e filosóficos*. v. II. São Paulo: AXIS MVNDI IBEST, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*. Madrid: Trotta, 2008.