

3

RELEITURA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: ASCENSÃO DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

No processo de constitucionalização do direito, uma das vertentes estudadas descritivamente dentro do neoconstitucionalismo, destaca-se o papel fundamental desempenhado pela Constituição. A lei (e os Códigos), símbolo maior e inabalável do positivismo, cede lugar às normas constitucionais que passam a protagonizar o papel de unificação do sistema. Nas palavras de Pietro Perlingieri:

“O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância pública, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional.”¹

Nesse contexto, o princípio da legalidade passa por uma necessária releitura. Antes da análise da leitura atualizada da legalidade em tempos de pós-positivismo, é importante estabelecer uma pequena evolução histórica da sua compreensão.

3.1

Da superioridade do princípio da legalidade ao equilíbrio das funções estatais

O princípio da legalidade administrativa é considerado um produto do liberalismo. Como se sabe, na concepção liberal o Poder Legislativo apresentava status de superioridade, conforme se extrai dos ensinamentos de John Locke e J. J. Rousseau.²

John Locke, ao estabelecer a passagem, através do contrato social, do estado de natureza para o da sociedade civil, cujo principal objetivo era a

¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 6.

² A superioridade do Legislativo também foi enfatizada pelos federalistas. MADISON, James. *Os artigos federalistas*, 1787-1788, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 339.

preservação da propriedade privada, enxerga o Legislativo como o “poder supremo da sociedade política.”³ Em última análise, a lei é fruto do consentimento dos homens e estes devem obediência ao Legislativo.⁴

Nuno Piçarra afirma que a doutrina da separação de poderes⁵, na visão de John Locke, pressupõe a supremacia do Legislativo: “A doutrina da separação dos poderes pressupõe, assim, a definitiva autonomia material da função legislativa relativamente à função executiva e visa assegurar a supremacia da lei.”⁶ A soberania popular, uma das premissas da teoria política de John Locke, seria o fundamento da supremacia da função legislativa exercida por representantes eleitos.⁷

Em que pese a supremacia do Legislativo, este poder não poderia ser considerado absoluto, possuindo os seguintes limites⁸:

a) Em primeiro lugar, não se admite uma ingerência arbitrária sobre a vida e os haveres do povo, pois nem mesmo no estado de natureza os homens possuíam esse poder. Partindo da premissa de que ninguém pode transferir a outrem poder que não possui, o Legislativo deve-se limitar ao bem público da sociedade. A lei da natureza – preservação da humanidade – persiste na sociedade civil;

b) Ademais, a autoridade legislativa não pode governar por meio de decretos arbitrários extemporâneos, mas sim através de leis promulgadas e fixas que não poderão variar nos casos particulares;

c) Da mesma forma, é inconcebível a retirada da propriedade dos súditos sem o consentimento destes, uma vez que a finalidade da sociedade, como já frisado, é a própria preservação da propriedade;

d) Por fim, o Legislativo não pode transferir o poder de elaborar as leis para outras mãos. Isto porque o Legislativo é um poder delegado pelo povo, este sim com o poder de indicar os depositários da tarefa de criação das leis. Vale

³ LOCKE, John. “Segundo Tratado sobre o governo civil”. In: *Dois tratados sobre o governo*, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 503.

⁴ A idéia de supremacia do Legislativo, no entanto, não significa ausência de limitações. Para uma análise das limitações expostas por LOCKE, vide: LOCKE, John. *Op. cit.*, pp.504-513.

⁵ Controvérsias à parte, a doutrina da separação de poderes não foi inventada por Montesquieu que, na verdade, se valeu dos ensinamentos de escritores ingleses como John Locke. Nesse sentido: PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra: Coimbra editora, 1989, pp. 63/65 e 91.

⁶ PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, 1989, p. 75.

⁷ Nesse sentido: PIÇARRA, Nuno. *Op. cit.*, p. 76.

⁸ LOCKE, John. *Op. cit.*, pp.504-513.

dizer: a delegação do povo para o Legislativo circunscreve-se ao poder de elaborar leis e não de fazer legisladores.

No pensamento de J. J. Rousseau, o Estado é criado para garantir o bem comum⁹ e a soberania constitui o exercício da vontade geral, sendo, por esta razão, inalienável e indivisível.¹⁰ Se por um lado o pacto social dá existência e vida ao corpo político, este só ganha movimento e vontade através da legislação que é fruto do próprio povo.¹¹ A lei é fruto da vontade geral.

Na visão rousseaniana, o homem encontra-se numa dupla relação com o Estado: de um lado é legislador, enquanto membro da coletividade soberana, e, de outro lado, é súdito, como destinatário das prescrições contidas nas leis de que foi autor. Há aqui uma relação conciliadora entre o indivíduo e o Estado, que substitui a idéia tradicional da luta do indivíduo contra o poder para a defesa da liberdade.¹²

O corpo político, segundo Rousseau, é constituído pelo poder legislativo, supremo e de titularidade do povo, e pelo poder executivo. Este poder (executivo) não pertence ao povo e consiste apenas na expedição de atos particulares concretizadores da vontade geral expressada na lei, ou seja, limita-se a executar a vontade da lei.¹³

Não obstante a superioridade do legislativo, Rousseau reconhece, em determinadas hipóteses (anormalidade institucional), a insuficiência das leis que, em virtude da inflexibilidade, não seriam aptas a resolver problemas emergenciais. Em razão disso, nos “casos raros e manifestos” seria admissível a nomeação de um chefe supremo com poder de suspender as leis existentes para evitar o perecimento do Estado.¹⁴ Trata-se de um reconhecimento da insuficiência da lei, em momentos de anormalidade institucional, como instrumento de garantia da sobrevivência do Estado.

⁹ ROUSSEAU, Jean Jacques. *O contrato social*, 3ª. edição, São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 33.

¹⁰ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Op.cit.*, p. 33-36.

¹¹ “As leis não são, em verdade, senão as condições da associação civil. O povo submetido às leis deve ser o autor delas.” ROUSSEAU, Jean Jacques. *Op.cit.*, p. 48.

¹² OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, 2003, pp. 60-61.

¹³ O governo era considerado “um corpo intermediário estabelecido entre os súditos e o soberano, para permitir sua mútua correspondência, encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade, tanto civil quanto política.” ROUSSEAU, Jean Jacques. *Op.cit.*, p. 72.

¹⁴ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Op.cit.*, p. 150.

A idéia de superioridade é substituída pela de equilíbrio na conhecida teoria da divisão de poderes de Montesquieu¹⁵. Segundo este importante filósofo, a lei é utilizada para diferenciar as diversas formas de governo que, na sua visão, podem ser assim resumidas: a) o despotismo era caracterizado pelo governo de um único homem sem vinculação ou subordinação com a lei; b) a monarquia representada pelo governo de um homem, mas, ao contrário do despotismo, sujeito à lei; e c) a república em que o povo, em sua totalidade ou apenas em parte, possui o poder soberano e faz as suas próprias leis. Vê-se que o princípio da legalidade é encontrado na monarquia e na república

Preocupado com os limites do exercício do poder, Montesquieu cria a fórmula pela qual o poder deve limitar o próprio poder. A concepção de separação e limitação recíproca de poderes garante a aplicação concreta do princípio da legalidade.¹⁶

O poder legislativo é a expressão da vontade geral do Estado e o poder executivo se traduz nessa execução da vontade geral. Todavia, não se pode olvidar que a lei no pensamento de Montesquieu surge, na verdade, da “conjugação entre a vontade do corpo legislativo que a aprova e da vontade do monarca que não usa o veto.”¹⁷ Há aqui um equilíbrio entre os dois poderes.

3.2

A crise da concepção liberal do princípio da legalidade administrativa: causas e conseqüências

O princípio da legalidade não pode ser compreendido como antes. As sociedades evoluíram, tornaram-se céleres e em processo de unificação (globalização). A legalidade, ao menos como concebida inicialmente, não atende mais de forma efetiva às exigências sociais, nem à exigência de efetividade da Constituição.

¹⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*, 3ª. edição, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹⁶ Ressalte-se, contudo, que na concepção de Montesquieu, o Judiciário era desprestigiado, sendo considerado “nulo”. Nas palavras do próprio autor, “os juizes da nação são apenas (...) a boca que pronuncia as palavras da lei”. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Op. cit.*, p. 175.

¹⁷ OTERO, Paulo. *Op.cit.*, p. 52.

O princípio da legalidade administrativa (limitação da liberdade no exercício da função administrativa), apesar de nascer com status de superioridade, passou por profundas mudanças decorrentes da própria evolução do Estado.

Em um primeiro momento, durante o Estado de Polícia (absolutismo), o monarca não se encontrava subordinado ao direito, atuando com liberdade incondicionada e, muitas vezes, de forma arbitrária.

Apenas com o advento do Estado de Direito, surge a idéia de que a Administração Pública encontra-se vinculada às regras de direito, situação que é representada pela emergência do princípio da legalidade. Em outras palavras: a legalidade surge como um remédio de contenção dos arbítrios cometidos pelo Chefe do Executivo.

Em que pese o princípio da legalidade ser um produto da filosofia inspiradora do movimento liberal,¹⁸ especialmente com o triunfo do parlamento britânico sobre as demais instituições políticas, é apenas com o advento da Revolução Francesa de 1789, consagradora dos princípios da separação de poderes e da legalidade, que aparece o Direito Administrativo.

A legalidade administrativa na visão liberal, influenciada pela preocupação da burguesia com as arbitrariedades do período absolutista, significaria que a Administração Pública só poderia atuar quando expressamente autorizada pela lei. A atuação da Administração Pública seria simples execução da vontade da lei, conforme preconizado por Locke e Rousseau.

O culto da lei pelo liberalismo, todavia, produziu diversas conseqüências negativas como o apego exagerado ao formalismo jurídico onde “a lei contém todo o direito”, deixando de lado os ideais de justiça.

Com o advento da sociedade técnica¹⁹, que, além de um conhecimento específico e técnico, exige celeridade na atuação estatal, somado a constatação de uma verdadeira “inflação legislativa”²⁰, a concepção liberal da lei entra em crise, visto não mais atender com plenitude aos anseios da sociedade moderna.

¹⁸ OTERO, Paulo. *Op.cit.*, p. 45.

¹⁹ Sobre a noção de sociedade técnica, vide: CLÈVE, Clemerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, 2ª. edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 52 e segs.

²⁰ Esta expressão, segundo Eros Roberto Grau, é de Carnelutti. Vide: GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*, São Paulo, RT, 1990, p.35.

A generalidade e abstração já não são mais “atributos indefectíveis da lei”²¹, sendo suficiente a atuação do legislador, ainda que apenas formal e individual, mas sempre efetivando a vontade constitucional, para se garantir a legitimidade democrática.

Outro fator da crise reside na própria crise legitimadora da democracia representativa, revelada pelo descompasso entre a atuação dos representantes eleitos pelo povo e os anseios sociais.

Ademais, a homogeneidade dos interesses a serem protegidos, característica típica do Estado Liberal burguês, que deveria atender aos anseios de uma classe dominante (a burguesia) e estabelecia o voto censitário, cede espaço para a heterogeneidade dos interesses da sociedade complexa atual. A consagração do sufrágio universal possibilita a participação política de grupos sociais até então excluídos e a defesa/promoção dos seus interesses. Nesse contexto, em que todos os cidadãos são eleitores e todas as classes sociais (e não apenas uma) são políticas, Massimo Severo Giannini vai caracterizar este Estado como um verdadeiro “Estado pluriclasse”.²²

O caráter absoluto e a interpretação radical fornecida pelo liberalismo e pelo positivismo ortodoxo emprestados à lei devem ser relativizados no Estado contemporâneo.

De fato, não se pode olvidar que a lei, independentemente do seu fundamento jusfilosófico, é necessária para a segurança jurídica das sociedades modernas. Ocorre que a lei, como anteriormente afirmado, nunca conseguiu de fato atender a todos os anseios da sociedade, o que pode ser comprovado pela progressiva construção jurisprudencial²³ de novos institutos jurídicos (ex: teoria da imprevisão, desvio de finalidade, etc)²⁴ com a finalidade de atender às novas questões sociais.

²¹ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra: Coimbra editora, 1989, p. 256.

²² GIANINNI, Massimo Severo. *Diritto Pubblico dell’Economia*, Bologna: Ed II Mulino, 1995, pp. 31/32.

²³ Destaca-se, neste ponto, a interpretação evolutiva da Suprema Corte Americana, notadamente na interpretação das normas constitucionais envolvendo questões raciais. Vide: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 3a. edição, Saraiva, 1999, 143/146).

²⁴ Neste sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. “Princípio da legalidade e poder regulamentar no estado contemporâneo”. In: *RDA* nº 225, Jul./set. 2001, p. 116.

No campo do Direito Público, notadamente do Direito Administrativo, que na França tem caráter marcadamente jurisprudencial,²⁵ a saída foi a adoção de técnica legislativa na qual estipular-se-iam normas gerais ao invés de norma específicas, determinadas, concedendo ao administrador maior liberdade de conformação. É o surgimento da discricionariedade administrativa, atenuando o rigor emprestado ao princípio da legalidade pelo liberalismo. Esse fenômeno foi incrementado durante o Estado Social quando o Poder Público passou a intervir em inúmeras atividades econômicas e sociais.

Ainda hoje, em que se verifica uma tendência de devolução por parte da Administração de diversas atividades ao setor privado, fenômeno denominado como a “fuga para o direito privado”²⁶, observa-se o exercício crescente da função reguladora da Administração, inclusive através da expedição de atos normativos de natureza técnica pelas denominadas Agências Reguladoras.

A tendência da colaboração do Executivo no exercício da função legislativa é apontada por Clèmerson Merlin Clève:

“Está agonizando um conceito de lei, um tipo de parlamento e uma determinada concepção do direito. O parlamento monopolizador da atividade legiferante do Estado sofreu abalos. Deve continuar legislando, é certo. Porém, a função legislativa será, no Estado contemporâneo, dividida com o Executivo. O parlamento não deve deixar de reforçar o seu poder de controle sobre os atos, inclusive normativos, do Executivo.”²⁷

Destacada a crise da legalidade administrativa, passa-se, neste momento, ao estudo das concepções doutrinárias a respeito do princípio da legalidade administrativa.

3.3

Concepções do princípio da legalidade

O princípio da legalidade não possui concepção unívoca. Não obstante isso, há um relativo consenso no sentido de que o princípio da legalidade se

²⁵ RIVERO, Jean. *Op. cit.*, p. 36.

²⁶ Expressão utilizada por Fritz Fleiner. Vide: ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 11.

²⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Op. cit.*, p. 57. A referida tendência fica evidenciada, inclusive, na previsão constitucional de um “veto legislativo” na Constituição “Cidadã” de 1988 (art. 49, V).

divide em vertentes importantes: princípio da supremacia (primazia, preferência ou prevalência) da lei e o princípio da reserva de lei.²⁸

Com relação à primeira vertente do princípio da legalidade (princípio da supremacia da lei), entende-se que a lei prevalece e tem preferência sobre os atos da Administração.

De outro lado, o princípio da reserva de lei exige que o tratamento de certas matérias só pode ser formalizado pela legislação, excluindo a utilização de outros atos com carácter normativo, como, por exemplo, os regulamentos.

A reserva de lei, por sua vez, pode ser classificada de várias formas, notadamente: a) reserva de lei relativa ou absoluta; b) formal ou material; c) qualificada e não qualificada.

Na primeira classificação, a reserva de lei é considerada relativa (ou “reserva de densificação parcial”) quando a lei simplesmente estabelece os aspectos gerais de determinada matéria, abrindo espaço para os atos regulamentares. Ao revés, a reserva de lei absoluta (ou “reserva de densificação total”) é aquela que exige o tratamento total de determinada matéria por lei.²⁹ Em rigor, como afirma acertadamente J. J. Canotilho, “todas as reservas são «relativas» porque deixam aos órgãos concretizadores (administrativos ou jurisdicionais) uma margem maior ou menor de intervenção.”³⁰

Quanto à reserva de lei formal, esta diz respeito aos temas que, por determinação constitucional, só podem ser regulamentados por lei. De outro lado, a reserva material não pressupõe necessariamente a promulgação de lei votada pelo Parlamento, admitindo-se o tratamento da matéria através de ato normativo com força de lei, como é o caso, *v.g.*, das Medidas Provisórias.

Por fim, a reserva de lei qualificada se refere às hipóteses em que a Constituição da República, além de exigir que a restrição aos direitos fundamentais seja implementada por meio de lei, aponta para meios ou finalidades

²⁸ Cite-se, por todos: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7ª. edição, Coimbra: Almedina, 2003, P. 256.

²⁹ Como ensina Alberto Xavier, “numa reserva absoluta, a lei deve conter o fundamento e a totalidade dos critérios de decisão, no caso concreto, não conferindo ao agente qualquer margem de liberdade na sua aplicação.” XAVIER, Alberto. “Legalidade e tributação”. In: *Revista de Direito Público* nº 47/48, p. 332.

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7ª. edição, Coimbra: Almedina, 2003, p. 728.

que devem ser necessariamente observadas pelo legislador.³¹ Em regra, a Constituição da República se satisfaz em estabelecer reservas não qualificadas.

O princípio da supremacia da lei está relacionado, em certa medida, com a doutrina da *negative Bindung* (vinculação negativa), ou seja, a legalidade representaria uma limitação para a atuação do administrador, de modo que, na ausência da lei, poderia este atuar com maior liberdade para atender o interesse público.

Já o princípio da reserva da lei encontra-se inserido na doutrina da *positive Bindung* (vinculação positiva), segundo a qual a atuação legítima dos agentes públicos depende necessariamente de prévia autorização legal. Em outras palavras: a ausência de lei obsta à atuação do administrador público. Como afirma o autor alemão Hartmut Maurer:

“Segundo o princípio da reserva, a administração somente pode tornar ativa se ela foi, para isso, autorizada em lei. Esse princípio, portanto, pede mais 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.”³²

Na origem, especialmente com a doutrina de Stahl, sustentava-se que a Administração, na sua atuação, não tinha a lei como pressuposto, mas sim como um limite. Tratava-se, portanto, da teoria da vinculação negativa, através da qual a atuação administrativa prescindia da habilitação legal prévia, podendo fazer tudo aquilo que a lei não proibia.

Atualmente, todavia, prevalece, na praxe jurídica brasileira, a idéia da vinculação positiva da Administração à lei, ou seja, a atuação do administrador depende de uma prévia habilitação legal para ser legítima. Os graus de vinculação da Administração à lei podem variar de intensidade.

Não obstante isso, no campo da administração de prestações, através da qual 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

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p.34.

³² MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo geral*, São Paulo: Manole, 2006, p. 122.

acepção da vinculação negativa.³³ 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 da atuação prévia do legislador. É importante, no entanto, que a atuação administrativa, neste caso, amolde-se ao ordenamento jurídico, especialmente ao princípio da igualdade a fim de se evitarem tratamentos privilegiados odiosos.

Nesse sentido, Juan Alfonso Santamaría Pastor, calcado na doutrina alemã, aponta para a necessidade de distinção em relação as atividades administrativas no que tange à aplicação do princípio da legalidade. Na linha de raciocínio deste renomado autor espanhol, a vinculação positiva da lei seria exigida apenas para as atuações administrativas ablativas, que restringem ou extinguem direitos fundamentais, enquanto para as demais formas de atuação seria aplicável a doutrina da vinculação negativa.³⁴

Odete Medauar, citando a doutrina de Charles Eisenmann³⁵, aponta quatro acepções do princípio da legalidade que variam de acordo com a ordem crescente de vinculação da Administração à norma legal:

“Tornaram-se clássicos os quatro significados arrolados pelo francês Eisenmann: a) a Administração pode realizar todos os atos e medidas que não sejam contrários à lei; b) a Administração só pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza; c) somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme um esquema abstrato fixado por norma legislativa; d) a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena fazer.”³⁶

Nessa classificação, a renomada autora vai refutar a terceira e quarta concepções que acarretariam, respectivamente, a idéia de Administração como mera “executora da lei” e a paralisação da Administração, “porque seria

³³ Massimo Severo Giannini, após tratar da legalidade na relação dialética entre autoridade e liberdade, afirma: “Allí, donde la actividad administrativa no hace referencia a dicho carácter dialectico, el principio no encuentra una razón de ser en su aplicación: así la actividad de programación del Estado y de los demás entes públicos, dado que no debe expresarse en disposiciones ablatorias o autorizantes, o en procedimientos normales, está fuera del principio de legalidad; así ocurre con la actividad que se expresa en formas convencionales en las cuales el consentimiento de la otra parte es idóneo para superar la eficacia de este principio.” GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid: Ministerio para las Administraciones Publicas (MAP), 1991, p. 112.

³⁴ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. I, Madrid: Iustel, 2004, p. 83.

³⁵ EISENMANN, Charles. “O Direito Administrativo e o princípio da legalidade”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v. 56, abril-junho, 1959, pp. 47-70.

³⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*, 10ª. edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.124.

necessário um comando legal específico para cada ato ou medida editados pela Administração”.

A segunda concepção acima citada é a que vem predominado no Direito brasileiro. Na célebre lição de Hely Lopes Meirelles, apoiado em Guido Zanobini: “Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.”³⁷ No entanto, conforme ressalta Odete Medauar, esta idéia hoje prevalecente na doutrina contém gradações, pois, em certos casos, a norma legal apenas estabelece a competência para a adoção de certas medidas (“norma de competência”), deixando ampla margem de liberdade para o agente fixar o conteúdo da medida.”³⁸

Além da segunda aceção (legalidade como “habilitação legal”), o ordenamento jurídico pátrio aceita ainda a primeira visão acima transcrita, segundo a qual é vedado à Administração editar atos ou tomar medidas contrárias às normas do ordenamento.

Como assinalado, a idéia de legalidade administrativa que tem prevalecido no ordenamento brasileiro parte do pressuposto de que a Administração Pública deve sempre atuar com fundamento em uma norma legal. Em verdade, assim como acontece na terceira concepção, a segunda idéia de legalidade também acaba por transformar a Administração, em alguma medida, em mera executora da vontade já predeterminada na lei. Em rigor, todavia, tal concepção rigorosa do princípio nunca teve uma “autêntica vigência”³⁹, sendo atenuada na prática notadamente pela abertura do texto legal que conferia liberdade de ação para o administrador, bem como por outros fatores que serão abordados a seguir.

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*, 22ª. edição, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 82.

³⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*, 10ª. edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 125.

³⁹ Nesse sentido: GIANNINI, Massimo Severo. *Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid: Ministerio para las Administraciones Publicas (MAP), 1991, p. 111.

3.4

Poder normativo da Administração Pública (e órgãos não legislativos) e a classificação dos regulamentos

Tradicionalmente, é reconhecida a possibilidade de órgãos e entidades localizadas institucionalmente fora do âmbito do Poder Legislativo exercerem também poder normativo.

Trata-se, em verdade, de uma interpretação do princípio da separação de poderes, que não possui caráter absoluto, e, segundo a doutrina do *checks and balances*, admite que cada um dos “Poderes” exerça funções atípicas de forma a controlar o outro “Poder”.

Nuno Piçarra, com maestria, após analisar a evolução do exercício das funções estatais e o progressivo entrelaçamento entre elas, diagnosticou que o princípio da separação de poderes não pode ser compreendido de maneira abstrata e universal, antes devendo ser considerado à luz do ordenamento constitucional de cada Estado:

“A falência daquela tripartição, como classificação universal e intemporalmente válida das funções estaduais, e, sobretudo, o progressivo esbatimento de fronteiras entre as diversas funções do Estado e a fluidez e relatividade dos critérios de caracterização material e de diferenciação entre elas, tem levado a doutrina a desinteressar-se progressivamente da elaboração de uma teoria geral das funções estaduais como elemento essencial do princípio da separação de poderes, para se fixar numa análise das funções do Estado constitucionalmente adequada, no quadro de uma constituição concreta.”⁴⁰

O poder normativo da Administração Pública pode ser exercido basicamente através da delegação legislativa ou do próprio poder regulamentar. Enquanto a delegação legislativa possibilita a prática de ato normativo primário,⁴¹ com força de lei, o poder regulamentar encerra uma atividade administrativa, de cunho normativo e secundário.⁴²

⁴⁰ PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*, Coimbra: Coimbra editora, 1989, p. 264.

⁴¹ - A atividade normativa primária do Executivo encontra-se prevista na Constituição da República: medidas provisórias (art. 62 da CRFB) e lei delegada (art. 68 da CRFB).

⁴² A respeito dessa distinção, vide: BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade (Delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional de competências legislativas) in *Temas de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 177.

A delegação legislativa⁴³, concebida como “espécie de delegação de atribuições, por via da qual se opera uma transferência da função normativa, constitucionalmente deferida ao Poder Legislativo, a outros órgãos, notadamente os do Poder Executivo”,⁴⁴ é tradicionalmente fundamentada no direito norte-americano por duas teorias distintas: a) teoria do *filling up details* (preenchimento de detalhes) e b) teoria da *delegation whith standards* (delegação com parâmetros).

Segundo a teoria do *filling up details*, somente seriam possíveis as delegações legislativas em que o Executivo tivesse que detalhar, esmiuçar, uma norma legal. Essa teoria, como se vê, é análoga ao poder regulamentar tal como idealizado no Brasil.⁴⁵

De outra parte, a teoria da *delegation whith standards*, consagrada pela Suprema Corte americana, admite a delegação legislativa desde que acompanhada de parâmetros suficientes para pautar e controlar a atuação do órgão delegado. Em outras palavras, a delegação deve estabelecer princípios inteligíveis (*intelligible principle*) que irão pautar a atuação administrativa.⁴⁶

Apesar de prevalecer a idéia da indelegabilidade da atividade legislativa no Brasil⁴⁷, salvo nos casos expressamente ressalvados pelo próprio texto constitucional (Medidas Provisória e leis delegadas, por exemplo), a doutrina tem atenuado esse entendimento para admitir as delegações legislativas acima citadas. Quanto à segunda espécie de delegação (*delegation whith standards*), por acarretar maior liberdade na atuação administrativa, tem-se exigido um rigor maior na fixação dos parâmetros e, ao menos, o início de normatização pela

⁴³ A Suprema Corte norte-americana, no início, sob a influência da “nondelegation doctrine”, fundamentada na interpretação rígida do princípio da separação de poderes, invalidou, em duas oportunidades, delegações legislativas sem parâmetros: *Panamá Refining Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935) e *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935).

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade (Delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional de competências legislativas) in *Temas de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 171.

⁴⁵ - Op.cit, p. 172.

⁴⁶ - A doutrina do *intelligible principle* foi consagrada pela Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *Mistretta v United States*, 488 U.S. 361 (1989). Sobre o tema, Bernard Schwartz esclarece: “The statute must, in other words, contain a framework within which the administrative action must be operate; it must lay down na intelligible principle to guide the exercise of the delegated discretion (...)”. SCHWARTZ, Bernard. *Administrative Law*, third edition, 1991, New York: Aspen Law & Business, 1991, p. 45/46.

⁴⁷ Não há um princípio expreso de indelegabilidade de funções na Constituição da República, mas a essa vedação é extraída, basicamente, dos princípios da separação de poderes, da representação política, da supremacia da Constituição, e do devido processo legal.

norma legal. Em outras palavras: “quando o órgão legislativo abdicasse de seu dever de legislar, transferindo a outros órgãos a responsabilidade pela definição das alternativas políticas e das diretrizes a seguir, a invalidade seria patente.”⁴⁸

Em verdade, o poder normativo das entidades administrativas não decorre da delegação operada pelo legislador, mas, ao contrário, é inerente à função administrativa e pode ser exercido dentro dos limites fixados em lei. À Administração Pública é conferido o poder de regulamentar a legislação, esclarecendo-a e detalhando-a, de forma a possibilitar a sua concretização.⁴⁹

Tecnicamente, poder-se-ia se afirmar que a função normativa da Administração possui caráter amplo que abrange a edição de regulamentos e de outros atos normativos inferiores.⁵⁰

A edição de regulamentos, segundo o ordenamento jurídico vigente, é de competência exclusiva do Chefe do Executivo, conforme previsão expressa do art. 84, IV da Constituição da República⁵¹ Isso não impede o exercício da função normativa por outros órgãos e entidades administrativas, sendo certo que os atos normativos por eles editados serão hierarquicamente inferiores aos regulamentos presidenciais.⁵² Ademais, reconhece-se hoje a possibilidade de exercício da

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade (Delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional de competências legislativas) in *Temas de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 173.

⁴⁹ Em algumas situações, a própria Constituição da República confere a possibilidade da Administração editar regulamentos sem a necessidade de intermediação legislativa, como se analisará adiante.

⁵⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 26.

⁵¹ Em sentido contrário, Gustavo Binenbojm entende que os “regulamentos são não apenas os atos normativos editados pelo Presidente da República, mas também os estatutos emanados das entidades administrativas dotadas de poder normativo”. BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 154.

⁵² Clèmerson Merlin Clève faz distinção entre regulamento em sentido amplo, que seria editado por qualquer entidade administrativa, e em sentido estrito, editado pelo Chefe do executivo. Em seguida, afirma o autor que o regulamento propriamente dito é apenas aquele editado pelo Chefe do Executivo, o que não retira a possibilidade de edição de atos normativos (impropriamente denominados de regulamentos) por outros órgãos administrativos (ex: Ministérios), que serão hierarquicamente inferiores ao regulamento presidencial. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 277. Nesse sentido, o art. 87, parágrafo único, II da Constituição da República confere competência aos Ministros de Estado para expedirem “instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos”.

função normativa pelas denominadas agências reguladoras com fundamento no art. 174 do Texto constitucional.⁵³

Costuma-se apontar na doutrina diversas classificações de regulamentos, destacando-se aquelas que levam em consideração critérios como os efeitos do regulamento e o da relação entre o ato regulamentar e a lei.

Uma primeira distinção, que leva em consideração os efeitos dos regulamentos,⁵⁴ faz alusão aos regulamentos jurídicos (ou normativos), de um lado, e regulamentos administrativos (ou de organização), de outro.⁵⁵

Os regulamentos jurídicos (ou normativos) são aqueles editados com fundamento em uma relação de supremacia estatal geral, afetando os cidadãos em geral. (ex: regulamentos expedidos com fundamento no denominado “poder de polícia”). Os regulamentos administrativos (ou de organização) estabelecem normas sobre a organização administrativa ou afetam apenas os particulares que se encontram em relação de sujeição especial com a Administração⁵⁶, ou seja, não são terceiros estranhos à organização e atuação administrativa (ex: regulamento que versa sobre a prestação de serviço público concedido ou a utilização de repartições públicas).⁵⁷

Durante um determinado período histórico, parte da doutrina entendia que as “relações especiais de poder” (ou “relações de sujeição especial”) ficavam

⁵³ A função regulamentar, neste caso, não se confunde com a função regulatória, assunto que será aprofundado adiante. Vide: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 29.

⁵⁴ Clèmerson Merlin Clève, quanto aos efeitos dos regulamentos, classifica-os em regulamentos internos, que produzem efeitos no interior da Administração, e regulamentos externos, quando se dirigem para fora da Administração, obrigando terceiros. CLÈVE, Clemerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, 2ª. edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 291.

⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 12ª edición, Madrid: Civitas Ediciones, 2005, pp. 212/213. Na doutrina nacional, vide: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 19ª. edição, São Paulo: Atlas, 2006, pp. 102 e segs.

⁵⁶ Konrad Hesse afirma que a “relação de poder especial (status especial)” indica “aquelas relações que fundamentam uma relação mais estreita do particular com o Estado e deixam nascer deveres especiais, que ultrapassam os direitos e deveres gerais do cidadão (...)”. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 259. No Brasil, a dicotomia entre supremacia geral e especial é tratada por apenas alguns autores, destacando-se, dentre outros, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 21ª. edição, São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 782 e segs.

⁵⁷ A doutrina costuma citar os seguintes exemplos de relações de sujeição especiais com a Administração: militares, presos, agentes públicos, internados em estabelecimentos públicos, estudantes de escolas públicas, dentre outros.

excluídas do Direito, admitindo-se, em conseqüência, restrições aos direitos fundamentais diretamente por regulamentos sem a necessidade de reserva legal.⁵⁸

Essa formulação teórica foi inicialmente concebida na Alemanha no século XIX quando se dividia o Estado em duas formas distintas de poder: órgãos de soberania popular (princípio democrático) e a monarquia (princípio monárquico). Este último princípio (monárquico) teve fundamental importância na construção da teoria das relações especiais de sujeição, pois admitia que o monarca, nas relações internas ao aparelho estatal e que não geravam reflexos para a sociedade (separação entre Estado e sociedade), possuía uma margem de atuação completamente livre e insubordinada ao Direito.⁵⁹

A dicotomia teórica entre lei material e formal, defendida por Paul Laband, teria sido fundamental para explicar a divisão de atuação entre Parlamento e o Monarca, bem como para fundamentar o afastamento do Direito das relações de sujeição especial.⁶⁰ Enquanto a lei formal era aquela simplesmente votada pelo Legislativo, independentemente do seu conteúdo, a lei material gera repercussões na propriedade e na liberdade. Essa construção teórica reduzia o campo jurídico para as relações entre o Estado e a sociedade, permitindo que as relações internas ao Estado (relações de sujeição especial) fossem reguladas diretamente pelo Monarca, sem restrições legais.⁶¹

⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 12ª edición, Madrid: Civitas Ediciones, 2005, pp. 212.

⁵⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 389 e 390.

⁶⁰ Verifica-se, destarte, que, na origem, a teoria possui um forte cunho autoritário, como ressalta Ricardo García Macho: “Las relaciones de especial sujeción fueron acuñadas por O. MAYER y el principio se desarrolla en la época de la Monarquía constitucional alemana. Es a destacar que en aquella época aunque el Estado se decía de Derecho, tiene un déficit tanto de estatalidad de Derecho como de carácter democrático. (...)Esta idea de la capacidad ilimitada de realización de la voluntad estatal, que tiene sus raíces en el Estado absoluto, quiere mantenerla MAYER ya en el contexto del Estado constitucional en la esfera interna de la Administración.” MACHO, Ricardo García. En torno a las garantías de los Derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones de especial sujeción. In: Revista española de Derecho Administrativo – REDA, 64, outubro-dezembro, 1989, pp. 521/532 (versão eletrônica).

⁶¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 391. Outro antecedente importante das relações de sujeição especial teria sido a “teoria da sujeição orgânica”, cunhada por Friederich Schmittenner. Após distinguir relações obrigacionais de relações de poder, este autor afirmava que as relações de poder possuíam caráter orgânico (interno) e seriam tratadas por regulamentos. Vide: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao*

Otto Mayer costuma ser apontado como o pioneiro na distinção entre relações gerais e especiais no terreno da Administração Pública.⁶² Nesse contexto, os indivíduos que ingressam voluntariamente (ex: agentes públicos, em regra) ou involuntariamente (ex: serviço militar obrigatório) nas relações especiais com a Administração teriam suas liberdades enfraquecidas, uma vez que a reserva legal seria limitada. Ou seja: a atuação administrativa na imposição de limitações e condicionantes no âmbito das relações especiais seria concretizada por atos administrativos.⁶³

Na Alemanha, apenas após o nazismo e com o advento da Lei Fundamental de Bonn em 1949, a idéia de que as relações especiais de poder seriam necessariamente consideradas à margem do princípio da legalidade foi adaptada. O novo constitucionalismo impunha a releitura da tese autoritária de que existiriam espaços na Administração fora do Direito.⁶⁴ As relações especiais, ainda que admitam maiores restrições a direitos fundamentais, submetem-se, via de regra, à reserva legal.⁶⁵

A doutrina atualmente afirma de forma tranqüila que as relações especiais encontram-se sempre submetidas ao Direito. Há, ainda, um relativo consenso de que as restrições aos direitos fundamentais, ainda que no âmbito das relações de

estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 392 e 393.

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 21ª. edição, São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 782.

⁶³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 394.

⁶⁴ Segundo Jane Reis Gonçalves Pereira, o “divisor de águas” da mudança desse entendimento ocorreu com a prolação da sentença de 14 de março de 1972 do Tribunal Constitucional Federal alemão que o sigilo da correspondência dos presos pode ser restringido de maneira mais forte, mas seria imprescindível a existência de lei. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 398 e segs.

⁶⁵ O Superior Tribunal de Justiça já decidiu não ser ilícita a escuta telefônica em relação ao preso que “não tem como invocar direitos fundamentais próprios do homem livre para trancar ação penal”, diferenciando-se, ainda que de forma implícita, as relações gerais das relações especiais. Asseverou-se, no caso, que a norma constitucional do art.5º, LVI, não possui caráter absoluto, devendo ser aplicada com atenção ao princípio da razoabilidade, bem como a previsão do art. 41, XV da Lei de Execuções Penais que admite a restrição da comunicação dos presos por ato motivado do diretor do estabelecimento prisional. STJ, HC nº 3.982/RJ, Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, julgado em 05/12/1995, DJ 26/02/1996, p. 4084. Esse entendimento foi reiterado no julgamento do ROMS nº 6.129/RJ, Ministro Adhemar Maciel, Sexta Turma, julgado em 06/02/1996, DJ 12/08/1996, p. 27492.

sujeição especial, dependem, em regra, de lei.⁶⁶ Ocorre que o princípio da legalidade, no âmbito dessas relações especiais, é aplicada de forma mais flexível.⁶⁷ Poder-se-ia dizer que, aqui, a legalidade seria concebida como princípio da compatibilidade (preferência da lei ou não-contradição), o que abriria espaço para edição de regulamentos administrativos, ainda que ausente uma lei.⁶⁸ Conforme ensina Carlos Ari Sunfeld:

“A titularidade dos serviços públicos, outorgados pela Carta Constitucional à Administração, conquanto não os subtraia da regulamentação legislativa, confere-lhe o poder implícito de, na ausência de lei, regular os direitos e deveres dos particulares que os utilizem. Assim, quando atuam em campo estatal, os administrados podem ser submetidos aos direitos e deveres impostos – em decorrência da lacuna legal – por norma administrativa.”⁶⁹

Em conseqüência, em casos especiais, admitem-se restrições com fundamento direto na Constituição da República através do método da ponderação de interesses, como observa Paulo Gustavo Gonet Branco:

“As restrições dos direitos fundamentais hão de vir estipuladas em lei que defina cada estatuto especial. Faltando a lei, há que se recorrer aos princípios de concordância e de ponderação entre os direitos afetados e os valores constitucionais que inspiram a relação especial. Alguns regulamentos internos buscam suprir essas lacunas – a legitimidade deles depende do que resultar de um juízo de ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos.”⁷⁰

⁶⁶ Ricardo García Macho esclarece que, direito espanhol, a aplicação de sanções administrativas no campo das relações de sujeição especial submete-se à reserva legal, não sendo válida a fundamentação apoiada exclusivamente em norma administrativa. Nada obstante, como demonstra o próprio autor, a jurisprudência majoritária do Tribunal Constitucional espanhol consagra o tratamento diferenciado entre as relações de sujeição geral e as de sujeição especial, sendo certo que nessas últimas o princípio da reserva legal não teria aplicabilidade plena (ex: STC 66 de 06 de junho de 1984). MACHO, Ricardo García. Sanciones administrativas y relaciones de especial sujeción. In: *Revista española de Derecho Administrativo* – REDA, 72, outubro-dezembro, 1991, pp. 515/528 (versão eletrônica).

⁶⁷ Alexandre Aragão entende que o princípio da legalidade, nas relações de sujeição especial, “não incide com a mesma rigidez com que é aplicado nas relações de sujeição geral”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 140.

⁶⁸ Na Espanha, por exemplo, Eduardo García de Enterría, após tecer comentários sobre a divisão dos regulamentos em executivo (*secundum legem*), independente (*praeter* ou *extra legem*) e de necessidade (*contra legem*), afirma, como regra geral, a inadmissibilidade dos regulamentos independentes, que são editados na lacuna da lei, salvo no âmbito das matérias organizativas (internas). Nesse sentido, já se manifestou o Tribunal Supremo espanhol através da sentença de 11 de abril de 1981 que admitiu os regulamentos independentes editados no seio das relações de sujeição especial ou para fins de organização interna. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 12ª edición, Madrid: Civitas Ediciones, 2005, pp. 216/217.

⁶⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 31.

⁷⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: Mendes, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 193.

Outra classificação, formulada a partir das relações entre lei e regulamento, aponta as seguintes espécies regulamentares: a) regulamento executivo; b) regulamento autônomo; c) regulamento delegado; e d) regulamento de necessidade.⁷¹

Desta classificação, as duas primeiras espécies (regulamentos executivos e autônomos) têm recebido maior atenção dos doutrinadores ao longo dos anos e merecem, por isso, destaque especial.

Os regulamentos executivos (ou de execução) destinam-se ao desenvolvimento de textos legais. O fundamento de validade e o próprio limite desses regulamentos, em consequência, é a lei infraconstitucional. Daí a afirmação de que os regulamentos executivos são editados para fiel execução da lei (art. 84, IV da Constituição da República).

Outra espécie de regulamento é denominada de regulamento autônomo, tendo em vista que o seu fundamento de validade é retirado da própria Constituição da República, não havendo, portanto, a intermediação legislativa. Nesse caso, o Executivo possui função normativa inovadora.

Na França, por exemplo, a Constituição de 1958 divide os domínios do regulamento e da lei. Após estabelecer um rol taxativo de matérias que só podem ser disciplinadas por lei (art. 34), a Constituição remete o tratamento das demais matérias ao âmbito do regulamento (art. 37) que, nesse caso, serão considerados autônomos.⁷²

Tradicionalmente, a doutrina brasileira não admite, como regra geral, a existência dos regulamentos autônomos, em razão da interpretação do princípio da legalidade como vinculação positiva do administrador à lei (doutrina do *positive*

⁷¹ FERRAZ, Sérgio. 3 estudos de direito, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977; GRAU, Eros Roberto.. *O direito posto e o direito pressuposto*, 4ª. edição, São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 244/245.

⁷² Jean Rivero demonstra que uma das consequências dessa previsão constitucional é que, “nas matérias regulamentares, o Governo exerce em princípio uma competência incondicionada, e estatui com uma liberdade análoga à do legislador, uma vez que nenhum texto de natureza legislativa lhe limita nesse campo esta liberdade”. RIVERO Jean, *Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1981, p. 69. Sobre esta previsão da Constituição francesa, vide, ainda, o capítulo III, item 3.6.

Bindung).⁷³ Por essa doutrina, a Administração Pública estaria proibida de atuar quando não tivesse a lei por fundamento.⁷⁴

A idéia, nessa linha de raciocínio, é ressaltar o aspecto de uma Administração Pública que não tem a liberdade de inovar na ordem jurídica, atuando de forma mecanizada na implementação da vontade geral predefinida na lei. Apenas o Legislativo poderia inovar na ordem jurídica, criando, de forma originária, direitos e obrigações.

A regra da inadmissibilidade dos regulamentos autônomos, atualmente, comporta, ao menos expressamente, três exceções constitucionais.

A primeira exceção foi consagrada com a Emenda Constitucional nº 32/01, que alterou o art. 84, VI, “a” da Constituição da República, dispensando a necessidade de lei para o tratamento da organização da administração pública federal (regra aplicável, por simetria, aos Estados, Distrito Federal e Municípios), matéria agora disciplinada por decreto.⁷⁵

É de se notar, todavia, que alguns autores, norteados por uma interpretação rígida do princípio da legalidade, não admitem a consagração do regulamento autônomo no art. 84, VI, “a” do texto constitucional. Esta é a visão, por exemplo, de Celso Antônio Bandeira de Mello para quem a referida norma constitucional só habilita o Executivo a proceder sobre a organização da Administração “no interior dos esquemas já legalmente traçados de maneira genérica”. As disposições acerca do funcionamento da Administração Pública não passariam de simples manifestações do poder hierárquico que só pode ser exercido em consonância com o princípio da legalidade.⁷⁶

As outras duas exceções referem-se às alterações procedidas pela Emenda Constitucional nº 45/04 que criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o

⁷³ Neste sentido, dentre outros: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 14ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 305; CLÉVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 2ª. edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 294.

⁷⁴ Diversos dispositivos constitucionais são usualmente apontados para fundamentar a doutrina da vinculação positiva da Administração Pública à lei, tais como: arts. 5º, II; 37; 49, V; 84, IV; todos da Constituição da República e o art. 25 do ADCT.

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 19ª. edição, São Paulo: Atlas, 2006, p. 103.

⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 21ª. edição, São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 100/101, nota 9.

Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), ambos com poderes normativos, conforme previsão, respectivamente, dos arts. 103-B, §4º, I ⁷⁷ e 130-A, §2º, I ⁷⁸ da Constituição da República.⁷⁹

O poder normativo desses Conselhos tem fundamento de validade na própria Constituição da República, não necessitando da intermediação legislativa. Essa foi a conclusão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 12. Discutia-se, naquele caso, a constitucionalidade da Resolução nº 7/05 do Conselho Nacional de Justiça que vedava o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário, buscando seu fundamento de validade diretamente no texto constitucional.

Na petição inicial, assinada por Luís Roberto Barroso, suscitava-se, dentre outros argumentos, a ausência de violação ao princípio da legalidade, uma vez que o “Poder Público está vinculado não apenas à legalidade formal, mas à juridicidade, conceito mais abrangente que inclui a Constituição”.⁸⁰ A Corte suprema declarou a constitucionalidade da citada Resolução do CNJ, afirmando a sua competência normativa primária na concretização dos princípios constitucionais, merecendo transcrição a brilhante passagem do voto do Ministro relator Carlos Ayres Britto:

“ (...), enfim, que negar a esse Conselho o poder de aplicar imediatamente a *Constituição-cidadã*, tanto em concreto como em abstrato, seria concluir que a Emenda 45 homiziou o novo órgão numa fortaleza de paredes intransponíveis, porém fechada, afinal, com a mais larga porta de papelão. Metáfora de que muito

⁷⁷ - “art. 103-B (...) § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.”

⁷⁸ “art. 130-A (...) § 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendolhe: I zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.”

⁷⁹ O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da criação do CNJ no julgamento da ADIn nº 3.367/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgamento: 13/04/2005, DJ 17/03/2006, p. 4. Em relação à constitucionalidade e legitimidade do Conselho Nacional de Justiça, vide: BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da criação do Conselho Nacional de Justiça. In: Revista Interesse Público v. 30, mar/abr, Porto Alegre: Notadez, 2005, pp. 13-38.

⁸⁰ Petição inicial da ADC nº 12 – constitucionalidade da Resolução nº 7, do Conselho Nacional de Justiça. In: Revista de Direito do Estado nº 1, jan/mar, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 362.

se valia o gênio ético-libertário de Geraldo Ataliba para ensinar como não se deve interpretar o Direito, notadamente o de estirpe constitucional.”⁸¹

Além das exceções consagradas expressamente na Constituição da República, deve-se admitir, ainda, a edição de regulamentos autônomos, atualmente, em relação às matérias não sujeitas à reserva legal quando a Administração Pública tiver como norte o atendimento de objetivos (deveres) constitucionais. Em tempos de constitucionalização do ordenamento jurídico, a omissão legislativa não pode servir como um mecanismo fraudulento para se tirar a efetividade do texto constitucional. Esta também é a lição de Gustavo Binenbojm:

“Note-se que a existência do art. 84, VI, “a”, no atual texto da Constituição brasileira, prevendo expressamente a possibilidade de edição de regulamentos autônomos nas hipóteses que menciona, não inibe o reconhecimento de outros espaços regulamentares autônomos, implícitos ou explícitos na sistemática da Carta Magna. Admite-se, assim, que em campos não sujeitos a *reservas de lei* (formal ou material), a Administração Pública possa legitimamente editar regulamentos autônomos, desde que identificado um interesse constitucional que lhe incumba promover ou preservar.”⁸²

Note-se que alguns autores fazem distinção entre regulamento autônomo e independente. Nesta linha de entendimento, Clèmerson Merlin Clève, após definir o regulamento autônomo como aquele criado em razão de competência outorgada diretamente pela Constituição, afirma que o regulamento independente tem seu fundamento de validade em determinada lei que se restringe a indicar o órgão competente para editá-lo, sem estabelecer previamente qualquer conteúdo da matéria a ser regulamentada.⁸³ Verifica-se, nessa diferenciação, que o Executivo, na edição dos regulamentos independentes, atua com ampla liberdade, pois, ao contrário dos regulamentos executivos, que também são fundamentados por lei, o legislador restringe-se a apontar qual o órgão ou entidade administrativa será a competente para editá-los.

André Rodrigues Cyrino, por sua vez, afirma que o regulamento autônomo tem fundamento direto no texto constitucional, que delimita as matérias reservadas à atividade regulamentar e que não poderiam, portanto, ser tratadas

⁸¹ STF, ADC-MC nº 12/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgamento: 16/02/2006, DJ 01/09/2006, p. 15.

⁸² BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, 2006, pp. 170/171.

⁸³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo*, 2ª. edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 294.

pelo legislador (“domínio do regulamento”). Já os regulamentos independentes (ou *praeter legem*) são editados “no espaço deixado pelo legislador em matérias que não contrariem a reserva de lei e o próprio texto legal, num campo de ‘poderes residuais’.” Nessa visão, os regulamentos independentes prescindem da lei, encontrando-se legitimados para tratar da matéria até a promulgação da lei (princípio da preeminência da lei). Existindo uma lacuna legal, os regulamentos seriam editados validamente. Conclui, então, o autor: “A relação entre a lei e o regulamento autônomo é de competência, enquanto que a relação entre a lei e o regulamento independente é de hierarquia”.⁸⁴

A doutrina de um modo geral, no entanto, não faz distinção entre regulamento autônomo e independente. Na linha do entendimento majoritário no Brasil, o regulamento autônomo e o independente seriam sinônimos.⁸⁵ O marco desses regulamentos encontra-se no fundamento de validade que é extraído diretamente do texto constitucional. Em outras palavras: fala-se em regulamento autônomo ou independente quando não houver a intermediação do Legislativo. Isso não impede que se faça distinção entre as situações em que estes regulamentos são editados: no âmbito da “reserva de administração” ou naqueles casos não sujeitos à “reserva legal”. No primeiro caso, a superveniência de lei seria inconstitucional, pois a própria Constituição teria operado uma verdadeira deslegalização da matéria. No segundo caso, a promulgação da lei revogaria a norma regulamentar.⁸⁶

Por fim, existem ainda duas espécies de regulamentos citadas pela doutrina: regulamentos autorizados (ou delegados) e de necessidade.

Os regulamentos autorizados (ou delegados) são aqueles editados no exercício de função normativa explícita em ato legislativo. Afigura-se equivocada

⁸⁴ CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001*, Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 94. Aqui, ao contrário da posição de Clèmerson Merlin Clève, a existência de lei, mesmo que meramente indicativa de competência (habilitações legislativas em branco), já excluiria a possibilidade de se falar em regulamento independente.

⁸⁵ Nesse sentido, dentre outros: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 19ª edição, São Paulo: Atlas, 2006, p. 102; GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 11ª edição, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 126; BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre o princípio da legalidade (Delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional de competências legislativas) in *Temas de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 179; GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, 4ª. edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 253.

⁸⁶ FERRAZ, Sérgio. *3 estudos de direito*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 119.

a utilização da nomenclatura “regulamento delegado”, pois não há que se falar em transferência de poderes, mas sim determinação de competência.⁸⁷ Em consequência, os regulamentos assim editados poderiam ser inseridos no campo dos denominados regulamentos executivos.⁸⁸

Quanto aos regulamentos de necessidade, tem-se que estes são utilizados para atender situações de urgência (estado de necessidade administrativo).⁸⁹

3.5

Visão crítica da dicotomia “regulamento autônomo” e “regulamento executivo”: a atuação criativa do executivo e a idéia de “bloco de legalidade”

Abordadas as concepções do princípio da legalidade, o estudo tecerá algumas considerações críticas sobre a célebre classificação doutrinária dos regulamentos editados pela Administração Pública, no exercício do poder normativo, que os divide em regulamentos autônomos e executivos. Tradicionalmente, como assinalado anteriormente, afirma-se que os primeiros (autônomos) seriam editados diretamente pela Administração Pública, sem a necessidade de existência de norma legal anterior, enquanto os segundos (executivos) seriam aqueles que objetivam apenas executar a vontade preestabelecida na norma legal. Em outras palavras: no regulamento autônomo, existiria liberdade de criação do Direito pelo Administrador; no regulamento

⁸⁷ FERRAZ, Sérgio. *3 estudos de direito*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977, p. 122. GRAU, Eros Roberto.. *O direito posto e o direito pressuposto*, 4ª. edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 252.

⁸⁸ Apesar de afirmar a inexistência de “delegação” nessa espécie de regulamentos, pois o que haveria seria simples “autorização” legislativa, Eros Grau entende que os regulamentos autorizados se diferenciam dos executivos, em razão daqueles ensejarem uma atribuição normativa mais extensa ao executivo. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, 4ª. edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 252.

⁸⁹ Na Argentina, por exemplo, apesar das controvérsias doutrinárias, tem prevalecido a aceitação dos regulamentos de necessidade e urgência, sem oposição da Corte Suprema argentina, como ressalta Juan Carlos Cassagne. Para o autor, a admissibilidade destes regulamentos, que não se encontram previstos expressamente no texto constitucional, é fundamentada pelo princípio da subsistência e continuidade do Estado. CASSAGNE, Juan Carlos. *Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia en el Derecho argentino*. In: *Revista española de Derecho Administrativo – REDA*, 73, janeiro/março, 1992, pp. 17-28. (versão eletrônica).

executivo, a Administração apenas exerceria uma atividade subsuntiva e mecânica.

Essa classificação, no entanto, parte de uma premissa equivocada de que a atividade administrativa, nos decretos regulamentos “executivos”, seria apenas servil, sem qualquer espaço criativo pelo administrador público. Nesse contexto, Caio Tácito já exaltava o papel de criação do direito através do exercício do poder normativo pelo Executivo: “Quando, portanto, o Presidente da República exercita o poder regulamentar, não se limita a mecânica execução das leis, não produz, em suma, um mero ato administrativo. Os seus encargos, embora sujeitos à supremacia da lei, têm o mesmo sentido de inovação da ordem jurídica que são peculiares à norma legal.”⁹⁰

Realmente, não se pode admitir que o papel de criação do Direito seja tarefa exclusiva do Legislador que, por limitações humanas, não possui o poder divino de prever genericamente todas as soluções para a sociedade. Assim como se superou a idéia criada por Montesquieu de que o juiz seria apenas a boca que pronunciava a vontade da lei⁹¹, deve-se superar a noção da Administração Pública meramente executora e mecanizada.⁹²

Com isso, o que realmente importa no campo do poder normativo da Administração Pública é se saber qual o campo de liberdade do administrador na criação do Direito. Ao invés de se apontar a dicotomia regulamento autônomo-executivo, é preferível se classificar as situações normativas em que os regulamentos serão editados, como faz Alexandre Santos de Aragão ao elencar as seguintes espécies normativas: a) leis de densidade normativa exaustiva (normalmente impostas por reserva absoluta de lei formal); b) leis de grande densidade normativa (quando se concede discricionariedade à autoridade

⁹⁰ TÁCITO, Caio. “Lei e regulamento”, *Temas de Direito Público*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.480.

⁹¹ Na concepção de Montesquieu, o Judiciário era desprestigiado, sendo célebre a afirmação de que “os juizes da nação são apenas (...) a boca que pronuncia as palavras da lei”. MONTESQUIEU, Baron de (Charles de Secondat). *O espírito das leis*, 3ª. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 175.

⁹² Alexandre Santos de Aragão, da mesma forma, afirma o papel criativo da Administração Pública: “Por outro lado, se tivermos em mente que, salvo em raríssimas hipóteses, as atividades do administrador público, ou mesmo do juiz, também são criadoras de Direito, já que não há como se limitarem à mera execução da lei, todos os regulamentos serão, em certa e variável medida, ‘autônomos’ ou ‘independentes’, a depender da nomenclatura adotada.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A concepção pós-positivista do princípio da legalidade”, *RDA*, n.º 236, abr./jun., 2004, p.38 e 53.

administrativa regulamentadora para detalhar a obrigação já imposta na lei); e c) Leis de baixa densidade normativa (a lei estabelece parâmetros gerais da regulamentação a ser efetuada pela Administração Pública).⁹³

Em suma: a aplicação do direito depende da interpretação da norma e toda atividade interpretativa é um ato de criação do direito. Nas palavras de Hans Kelsen: “A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito.”⁹⁴

3.6

Reserva de administração

A liberdade de conformação do legislador, sem dúvida, encontra limites no texto constitucional. Dentre esses limites, costuma-se apontar no direito comparado a existência da denominada “reserva de administração” como um verdadeiro “núcleo funcional da administração ‘resistente’ à lei”.⁹⁵ Em outras palavras, a Constituição, em situações específicas, determina que o tratamento de determinadas matérias fica adstrito ao âmbito exclusivo da Administração Pública, não sendo lícita a ingerência do parlamento.

Nuno Piçarra aponta para duas “espécies” de reserva de administração: reserva geral e reserva específicas de administração.⁹⁶

A reserva geral de administração fundamenta-se no princípio da separação de poderes e significa que a atuação de cada órgão estatal não pode invadir ou cercear o “núcleo essencial” da competência dos outros órgãos.⁹⁷ Nesse contexto, compete com exclusividade à Administração a execução das leis, especialmente no exercício da discricionariedade administrativa.

De outro lado, as reservas de administração podem se referir à determinadas matérias destacadas pelo legislador constitucional. Ao lado da reserva geral de administração, em que o Executivo teria liberdade para adotar as

⁹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A concepção pós-positivista do princípio da legalidade*, RDA, n.º 236, abr./jun., 2004, p. 48/53.

⁹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, 6ª. Edição, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 260.

⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7ª. edição, Coimbra: Almedina, 2003, p. 739.

⁹⁶ PIÇARRA, Nuno. “A reserva de Administração”. In: *O Direito, primeira parte, 1990*, I, janeiro-março, pp. 325-353.

⁹⁷ Op.cit. p. 335.

medidas de execução e aplicação da legislação, a Constituição pode eventualmente retirar determinados assuntos da seara legislativa e transferi-los para o âmbito do Executivo.

Na França, por exemplo, a Constituição de 1958 estabelece uma divisão expressa entre o domínio da lei e o domínio do regulamento.⁹⁸

O art. 34 da atual Constituição francesa enumera de forma taxativa as matérias que serão tratadas por lei. Neste domínio da lei, para usar a expressão de Jean Rivero, o legislador é “senhor”, pois pode regular as matérias delimitadas constitucionalmente, mas, ao mesmo tempo, é “prisioneiro”, vez que só pode tratar dessas matérias, sendo vedado imiscuir-se em outros assuntos deixados para o administrador.⁹⁹

Conforme preceitua o art. 37 da Constituição de 1958, as demais matérias, que não estejam previstas no art. 34, são colocadas no domínio do regulamento. As leis anteriores à Constituição, que versam sobre matéria que não se encontra no rol taxativo do art. 34, podem ser modificadas pelos regulamentos, em virtude da deslegalização constitucional de matérias, após a consulta do Conselho de Estado.¹⁰⁰

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a existência de um verdadeiro princípio constitucional da reserva de administração, fulcrado no princípio da separação de poderes, que “impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo”. No caso levado ao conhecimento e julgamento da Suprema Corte, entendeu-se pela inconstitucionalidade da declaração pelo Legislativo da nulidade de concurso público realizado pelo Executivo por suposta violação às normas legais, pois esta declaração revelaria exercício de autotutela que só poderia ser exercida com exclusividade por quem realizou o certame (enunciado nº 473 da súmula predominante do STF). A ementa do acórdão é esclarecedora:

⁹⁸ RIVERO Jean, *Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1981, p. 68.

⁹⁹ Op.cit.

¹⁰⁰ Segundo Jean Rivero, na prática, a jurisprudência do Conselho Constitucional, ao qual compete definir de forma definitiva qual o domínio da lei e do regulamento (art. 41), tem dado “interpretação quase sempre favorável à competência legislativa”. RIVERO Jean, *Direito Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1981, p. 70.

“(…)RESERVA DE ADMINISTRAÇÃO E SEPARAÇÃO DE PODERES. - O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. Precedentes. Não cabe, ao Poder Legislativo, sob pena de desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação "ultra vires" do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais. - Não se revela constitucionalmente lícito, ao Legislativo, decretar a nulidade do procedimento administrativo do concurso público, sob pretexto de infringência, por órgãos do Poder Executivo, de prescrições legais. - A norma legal que invalida "todo concurso público em que ficar comprovada a transgressão desta Lei", por qualificar-se como inadmissível sentença legislativa, ofende o postulado da separação de poderes. É que, em tal hipótese, dar-se-á indevida substituição, pelo Legislativo, do Poder Judiciário, a cujos órgãos se reservou, constitucionalmente, a função de dirimir conflitos de interesses, sem prejuízo, no entanto, do reconhecimento de que se inclui, na esfera de atribuições da Administração, o poder de "(...) anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais (...)” (Súmula 473/STF), incumbindo, desse modo, o exercício de tal prerrogativa, ao órgão estatal competente que promove referidos certames seletivos. (...)”¹⁰¹

Com o advento da Emenda Constitucional nº 32/01, que deu nova redação ao art. 84, VI, “a” da Constituição da República, a organização da administração pública federal (por simetria, estadual e local também) deixou de ser tratada por lei e passou para o domínio do regulamento, evidenciando uma verdadeira deslegalização efetivada pelo próprio texto constitucional. A idéia, como se vê, foi retirar do legislador essa matéria, transferindo-a, com exclusividade, para o âmbito do regulamento a ser editado pelo Chefe do Executivo. Em conseqüência, a atuação legislativa nesse campo ter-se-ia por inconstitucional. Trata-se, destarte, de verdadeira reserva de administração consagrada pelo ordenamento jurídico pátrio.¹⁰²

¹⁰¹ STF, ADInMC nº 776/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 23/10/1992, Tribunal Pleno, DJ 15-12-2006. O STF reafirmou esse entendimento no julgamento da ADInMC nº 2.364/AL, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento: 01/08/2001, Tribunal Pleno, DJ 14-12-2001.

¹⁰² Neste sentido: CYRINO, André Rodrigues. *O poder regulamentar autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001*, Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 94; RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Os regulamentos jurídicos e os regulamentos de organização: breve estudo de sua aplicação no direito brasileiro. In: *Direito Regulatório*, Org: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Belo Horizonte: Fórum, 2003, pp. 565/566.

Em sentido contrário, Gustavo Binembojm entende ser aplicável no caso o princípio da preferência da lei, de modo que o Executivo pode até editar regulamentos autônomos em relação à organização e funcionamento da Administração, mas a superveniência da lei afastará a disposição regulamentar. Segundo o renomado autor, o princípio da preferência ou precedência da lei representaria uma verdadeira garantia fundamental dos cidadãos, constituindo-se em verdadeira limitação material ao poder reformador (art. 60, §4º, IV da Constituição da República). O art. 84, VI, “a” da Constituição consagraria, portanto, a possibilidade excepcional do regulamento autônomo no Brasil, mas não caracterizaria reserva de administração.¹⁰³

Não obstante o brilho do autor e dos fundamentos apontados, a razão parece estar com aqueles que sustentam existir uma verdadeira reserva de administração no citado dispositivo constitucional.

A nova redação do art. 84, VI, “a” da Constituição pretendeu de forma inequívoca retirar do domínio da lei e passar para o domínio do regulamento o tratamento da matéria. Entendeu-se que a organização e o funcionamento interno da Administração Pública prescindem da atuação legislativa e dizem respeito exclusivamente à própria Administração (assunto *interna corporis*), consubstanciando verdadeira reserva de administração. Aliás, a intenção da deslegalização e da inaplicabilidade da precedência da lei ficaram explícitas na redação dada pela EC nº 32/01 à alínea “b” do mesmo art. 84, VI da Constituição, pois se autorizou a extinção de cargos públicos (vagos), que são criados por lei (art. 48, X), por simples decretos.¹⁰⁴

Ademais, não haveria que se falar em violação à cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV da Constituição), por duas razões: a) não se aboliu o princípio da legalidade, o que seria vedado pela Constituição, mas apenas se implementou uma nova leitura ao princípio, especificamente ao âmbito interno da própria Administração¹⁰⁵; b) não há que se falar em aniquilação à direitos e garantias

¹⁰³ BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, 2006, pp. 169 e segs.

¹⁰⁴ É de se notar que a Emenda Constitucional nº 32/01, dentre outras modificações, alterou as redações dos incisos X e XI do art. 48 da Constituição para retirar determinadas competências do Congresso Nacional e transferi-las ao Chefe do Executivo. Isso reforça o intuito do Constituinte Reformador.

¹⁰⁵ Lembre-se que o art. 60, §4º, IV da Constituição proíbe apenas a “proposta de emenda tendente a abolir” os direitos e garantias individuais, mas não impede que sejam estabelecidas restrições.

individuais (fundamentais), pois o decreto no caso tem efeitos preponderantemente internos à máquina administrativa.¹⁰⁶

3.7

Deslegalização

Outro fator relevante para a crescente importância do poder normativo exercido por entidades administrativas, em contraponto à descrença no Legislativo, reside no fenômeno da deslegalização ou delegificação¹⁰⁷.

Eduardo Garcia de Enterría estabelece uma importante classificação das delegações legislativas que se divide em três espécies, a saber: delegação receptícia, delegação remissiva e a própria delegação.¹⁰⁸

A delegação receptícia refere-se à delegação da função legislativa ao Poder Executivo para editar, dentro do período e das matérias determinadas na lei delegante, normas com força de lei.¹⁰⁹ No Brasil, esta espécie de delegação foi expressamente consagrada nos arts. 59, IV e 68 da Constituição da República, quando da previsão da denominada lei delegada.

A segunda espécie de delegação, nesta classificação, é a delegação remissiva (remissão) que significa a possibilidade da Administração de editar atos normativos, sem força de lei, que deverão respeitar a moldura legal.¹¹⁰ Trata-se da

¹⁰⁶ Neste sentido: JÚNIOR, José Levi de Mello Amaral. Decreto autônomo: inovação da Emenda Constitucional nº 32, de 2001. In: *Direito Regulatório*, Org: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Belo Horizonte: Fórum, 2003, pp. 574/576.

¹⁰⁷ A expressão “delegificação” é normalmente utilizada na Itália. Vide: VERGOTTINI, Giuseppe de. A “Delegificação” e a sua incidência no Sistema das Fontes do Direito. In: *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, São Paulo: Dialética, 1999, p. 163 e ss.

¹⁰⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Legislacion delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 3ª. edición, Madrid: Civitas, 1998, pp. 173 e segs.

¹⁰⁹ Como adverte Eduardo García de Enterría: “Para que el Gobierno pueda ampararse en el encargo del legislativo resulta obvio que debe atenerse a los limites del mismo; una invocación puramente formal por el Gobierno de una delegación abierta para establecer una norma a su arbitrio no da a ésta el rango supremo, que la Ley de delegación há determinado en función, exclusivamente, de las bases o contenido determinado.” GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Legislacion delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 3ª. edición, Madrid: Civitas, 1998, p. 182.

¹¹⁰ Veja-se a definição de remissão apontada por Eduardo García de Enterría: “una Ley remite a una normación ulterior que há de elaborar la Administración, aunque sin asumir como próprio su contenido, la determinación de ciertos elementos normativos que complementan la ordenación que la propia Ley delegante establece.” GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Legislacion delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 3ª. edición, Madrid: Civitas, 1998, p. 197.

possibilidade, consagrada há muito tempo em nosso ordenamento pátrio, da edição dos denominados regulamentos executivos pelo Chefe do Poder Executivo (art. 84, IV da Constituição da República).

Por fim, a terceira espécie de delegação legislativa é a deslegalização que, na precisa definição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, significa “a retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias, do domínio da lei (*domaine de la loi*), passando-as ao domínio do regulamento (*domaine de l’ordonnance*).”¹¹¹ Conforme mencionado por esse brilhante autor, a Constituição da República de 1988 traz alguns casos de deslegalização, como, v.g., o art. 96, I, a (desloca para o Judiciário o poder de dispor sobre a competência e funcionamento de seus órgãos), o art. 207, *caput* (transfere do Legislativo para as universidades o poder de dispor sobre matéria didático-científica) e art. 217, I (estabelece o poder das entidades desportivas, dirigentes e associações de dispor sobre sua organização e funcionamento).¹¹²

A deslegalização, como se vê, opera uma verdadeira degradação da hierarquia normativa (descongelamento da classe normativa) de determinada matéria que, por opção do próprio legislador, deixa de ser regulada em lei e passa para a seara do ato administrativo normativo. A lei deslegalizadora não chega a determinar o conteúdo material da futura normatização administrativa, limitando-se a estabelecer *standards* e princípios que deverão ser respeitados. Nas palavras de Eduardo Garcia de Enterría, a deslegalização é uma “operación que efectúa una Ley que, sin entrar en la regulación material de un tema, hasta entonces regulado por Ley anterior, abre dicho tema a la disponibilidad de la potestad reglamentaria de la Administración.”¹¹³

Trata-se, destarte, de um fenômeno que retrata a crise da concepção liberal da legalidade administrativa e o crescente reforço da competência normativa colocada à disposição da Administração Pública. Nas palavras da professora Patrícia Baptista: “Um dos mais claros sinais de erosão da lei formal como

¹¹¹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Regulatório*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.122.

¹¹² Op.cit. p.123.

¹¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Legislacion delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 3ª. edición, Madrid: Civitas, 1998, p. 220.

condição da atuação administrativa é representado pelo processo de deslegalização”.¹¹⁴

Em verdade, a deslegalização apenas demonstra que a lei não possui condições de prever todas as situações que podem ocorrer na vida em sociedade, sendo necessária a abertura para a atuação pontual e célere por parte da Administração.

3.8

Concepção atual e alargada do princípio da legalidade administrativa: o princípio da juridicidade

Como visto, o mundo passou por inúmeras transformações, revelando a insuficiência do modelo liberal de legalidade. A evolução do significado e do valor da Constituição (surgimento de Constituições rígidas no lugar das flexíveis; etc), bem como a radical mudança no modelo de Estado (nascimento do Estado Social extremamente interventor na ordem econômica e social), acarretaram a “erosão do mito liberal.”¹¹⁵

Em verdade, a aplicação da lei pelo juiz e pela Administração Pública depende de um processo criativo-interpretativo¹¹⁶, sendo inviável a existência de lei exaustiva o bastante que dispensasse o papel criativo do operador do Direito. Em verdade, o que varia, como visto, é o grau de liberdade conferida pela norma jurídica.

A velocidade da informação em uma sociedade pluralista exige maior agilidade do Poder Público que, para satisfazer interesses e direitos constitucionalmente protegidos, não pode depender necessariamente do lento processo legislativo. A Administração Pública possui legitimidade própria e desempenha um papel fundamental na realização dos direitos.

¹¹⁴ BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 103. A deslegalização será objeto de aprofundamento no capítulo V.

¹¹⁵ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 152 e segs.

¹¹⁶ Em relação ao papel dos juizes, vale ressaltar a lição de DANIEL SARMENTO: “a idéia do juiz neutro e passivo, aplicador mecânico e servil das normas editadas pelo Legislativo, é um mito do Estado liberal, que não retrata nem nunca retratou a realidade.” SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, p. 147.

Em consequência, a concepção liberal da legalidade, segundo a qual a Administração Pública somente pode fazer aquilo que esteja predeterminado na lei, enquanto os particulares podem fazer tudo aquilo que não esteja expressamente proibido, encontra-se em fase de superação, conforme constatação de Gustavo Zagrebelsky:

*“En la actualidad, ya no vale como antes la distinción entre la posición de los particulares y la de la Administración frente a la ley. Hoy sería problemático proponer de nuevo con carácter general la doble regla que constituía el sentido del principio de legalidad: libertad del particular en línea de principio, poder limitado del Estado en línea de principio. Esta regla está ya erosionada en ambas direcciones, en relación con particulares y con la Administración.”*¹¹⁷

O princípio da legalidade não é mais o mesmo, seja em relação à Administração Pública (legalidade administrativa), seja em relação aos atores privados. Quanto ao primeiro enfoque, como assinalado, a idéia liberal-positivista de que a lei deve ser exaustiva e a atuação do Executivo meramente “executiva ou regulamentar” (vinculação positiva do administrador à lei), e não criativa, não se coaduna com a realidade atual (se é que algum dia se adequou a qualquer realidade). Não se pode exigir que a lei predetermine de forma completa toda a atuação da Administração, existindo uma margem decisória importante de ponderação e concretização das normas constitucionais por parte do administrador. Da mesma forma, o princípio da legalidade aplicável aos particulares também sofre alterações, uma vez que a autonomia privada encontra-se limitada pelo respeito aos princípios constitucionais e direitos fundamentais que, segundo importantes autores, aplicam-se diretamente às relações privadas.¹¹⁸

Luís Roberto Barroso, ao tratar da constitucionalização do Direito Administrativo, demonstra a necessidade de superação da idéia convencional de legalidade como vinculação positiva do administrador à lei pelo princípio da constitucionalidade ou juridicidade.¹¹⁹ No mesmo sentido, Gustavo Binbenbim defende a idéia de juridicidade administrativa, traduzida “na vinculação da

¹¹⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editoria Trotta, 2003, p. 34

¹¹⁸ Dentre outras, destaca-se a obra do professor Daniel Sarmento: *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. Apesar da polêmica que envolve o tema, o STF, no julgamento do REExt nº 201.819/RJ, considerou inconstitucional a exclusão de sócio de sociedade privada (União Brasileira de Compositores – UBC) sem o respeito aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Informativo de Jurisprudência do STF nº 405.

¹¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 32.

Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineado na Constituição.”¹²⁰

Em razão disso, a unidade do sistema jurídico, abalada pela instabilidade gerada pela crise da legalidade liberal, é buscada atualmente na Constituição, mormente através dos princípios e valores nela consagrados.

Por esta razão, é lícito afirmar que o princípio da legalidade encontra-se atualmente contido em um princípio mais amplo que traduz com maior fidelidade a idéia de constitucionalização do ordenamento jurídico: o denominado princípio da constitucionalidade ou da juridicidade. Na opinião de Gustavo Zagrebelsky, o princípio da constitucionalidade é o meio eficaz de se garantir a unidade do ordenamento jurídico:

“La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Una función inexistente en outro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se suponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad.”¹²¹

A consagração do princípio da juridicidade¹²² não aceita a idéia da Administração vinculada exclusivamente às regras pré-fixadas nas leis, mas sim ao próprio Direito¹²³, o que inclui as regras e princípios previstos na Constituição. Adolfo Merkl, de forma irretocável, asseverava que “*la conexión necesaria entre*

¹²⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 144. No mesmo sentido: BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 108.

¹²¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.*, p. 40.

¹²² Neste sentido, afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “o conceito clássico de legalidade, formulado simplesmente como a submissão do agir à lei, só se mantém no sentido estrito, uma vez que a pluralidade de fontes normativas legitimadas passa a exigir um conceito amplo, qual seja, o da juridicidade”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Juridicidade, Pluralidade normativa, democracia e controle social – reflexões sobre alguns rumos do Direito Público neste século”. In: ÁVILA, Humberto (Org.). *Fundamentos do Estado de Direito: Estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 104. Vide também: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, pp. 79 e 87; MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. 2ª. ed., São Paulo: Dialética, 2004, pp. 29/31.

¹²³ Nesse sentido, no âmbito federal, o art. 2º, parágrafo único, I da Lei nº 9.784/99 consagra a idéia de juridicidade aqui aventada: “Art. 2º (...). Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito”.

derecho y administración puede ser designada como principio de la juridicidad de la administración.”¹²⁴

O princípio da juridicidade dá maior importância ao Direito como um todo, ressaltando inclusive a noção da legitimidade do direito. A atuação da Administração Pública deve ter por norte a efetividade da Constituição e será pautada pelos parâmetros da legalidade e da legitimidade¹²⁵, intrínsecos ao Estado Democrático de Direito. Ao invés de simples adequação da atuação administrativa a uma lei específica, exige-se a compatibilidade dessa atuação com o chamado “bloco de legalidade”. Alexandre Santos de Aragão, ao tratar da concepção pós-positivista do princípio da legalidade, afirma com razão:

“Com efeito, evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à ‘lei e ao Direito’, o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei do Processo Administrativo Federal (art. 2º, parágrafo único, I). A esta formulação dá-se o nome de Princípio da Juridicidade ou da legalidade em sentido amplo.”¹²⁶

A tendência aqui exposta, como se vê, se insere no fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo. A Constituição passou a consagrar preceitos que vinculam diretamente a Administração Pública.¹²⁷ As normas constitucionais (princípios e regras) não podem depender sempre da atuação pontual e específica, por vezes morosa, do Legislativo, salvo nas

¹²⁴ MERKL, Adolfo. *Teoría general del Derecho Administrativo*, Granada: Comares, 2004, p. 206.

¹²⁵ A idéia de legitimidade reforçada da Administração é efetivada pela adoção de mecanismos de participação na Administração Pública (princípio da participação administrativa). A idéia de participação dos cidadãos na Administração serve como meio eficaz de controle e limitação do poder administrativo. A ponderação dos interesses envolvidos depende da participação dos envolvidos que, através da apresentação de seus argumentos, pautará e legitimará a futura decisão. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra: Livraria Almedina, 2003, pp. 400 e segs.

¹²⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. “A concepção pós-positivista do princípio da legalidade”. “A concepção pós-positivista do princípio da legalidade”. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, n.º 236, abr./jun., 2004, p. 63.

¹²⁷ Lembre-se de que os remédios previstos na Constituição para a solução da omissão legislativa foram enfraquecidos por uma interpretação judicial radical da separação de poderes. Neste ponto, o professor Luís Roberto Barroso afirma a desnecessidade do mandado de injunção, sendo suficiente a aplicação do art. 4º da LICC para efetivação de determinado direito constitucional. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática e análise crítica da jurisprudência brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 110/112.

hipóteses específicas em que existe expressa ressalva pela reserva de lei.¹²⁸ Certamente que, após a edição da lei, intermediando a vontade da Constituição e a liberdade de atuação da Administração, o administrador público ficará limitado ao seu conteúdo. A substituição da lei pela Constituição ou, em outras palavras, da “reserva vertical de lei” por uma “reserva vertical de Constituição” foi constatada pelo professor Paulo Otero:

“Encontra-se aqui exposta, por conseguinte, uma via de rotura do mito da onipotência da lei face à Administração Pública e da conseqüente menoridade ou inferioridade da Constituição perante a lei no âmbito da função administrativa: em vez da eficácia operativa das normas constitucionais estar sempre dependente da lei na sua vinculatividade para a Administração Pública, tal como se encontra subjacente ao pensamento liberal oitocentista, a lei deixou de ter hoje o monopólio habilitante da atividade administrativa, registrando-se que a aplicação da Constituição à Administração Pública não exige necessariamente a mediação legislativa.”¹²⁹

A substituição da lei pela Constituição, portanto, reforça a idéia da força normativa da Constituição¹³⁰. A consagração da tese da força normativa dos princípios constitucionais¹³¹, por vezes em conflito em uma sociedade pluralista, acarreta a necessidade de utilização da ponderação de interesses por parte da Administração Pública na sua atuação. Desta forma, a finalidade precípua da Administração é a concretização da Constituição, sendo a ponderação uma ferramenta importante no processo de resolução de conflitos entre princípios.

O caminho, no entanto é de mão dupla: ao lado do incremento do prestígio da atividade exercida pela Administração Pública na concretização das normas constitucionais, a juridicidade gera necessariamente restrições mais sensíveis à atuação do administrador e acarreta a ampliação do controle judicial sobre os atos administrativos que, para serem considerados válidos, dependem, dentre outros fatores, da compatibilidade com os princípios consagrados na Constituição da República (moralidade, eficiência, razoabilidade, etc). Na esmerada lição de Germana de Oliveira Moraes:

“A moderna compreensão filosófica do Direito, marcada pela normatividade e constitucionalização dos princípios gerais do Direito e pela hegemonia normativa

¹²⁸Nas palavras de Luís Roberto Barroso: “O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário”. BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 32.

¹²⁹OTERO, Paulo. *Op. cit.*, p. 735.

¹³⁰HESSE, Konrad. *Op. cit.*

¹³¹BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, capítulo 8.

e axiológica dos princípios, com a conseqüente substituição, no Direito Administrativo, do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade, demanda, por um lado, uma redefinição da discricionariedade, e por outro lado, conduz a uma redelimitação dos confins do controle jurisdicional da Administração Pública.”¹³²

Com o alargamento da noção de legalidade administrativa e sua substituição pela concepção da juridicidade, a atuação da Administração Pública, notadamente a discricionária, passa a ser controlada não apenas em relação à compatibilidade formal com a legislação infraconstitucional, mas especialmente com a Constituição. A amplitude dos princípios constitucionais, que vinculam a Administração acarreta um controle jurisdicional mais intenso e eficaz dos atos administrativos classificados como discricionários.

A idéia de discricionariedade, que há muito já perdeu o sentido clássico de atuação imune ao controle judicial, passa a ser redefinida como liberdade de atuação dentro dos limites impostos pelo texto constitucional e pela legislação. O mesmo raciocínio aplicado para a releitura da dicotomia entre “regulamento autônomo” e “regulamento executivo” pode ser utilizado para a redefinição da divisão da atuação administrativa em discricionária ou vinculada. De um lado, pode-se afirmar inexistir, atualmente, atividade administrativa totalmente livre e fora do alcance do controle judicial, pois como salienta Juarez Freitas: “a discricionariedade não vinculada aos princípios é, por si mesma, arbitrariedade”.¹³³ De outro lado, como asseverado, não se pode conceber que a atuação do administrador seja exclusivamente vinculada e mecanizada, pois sempre existirá uma margem interpretativa da norma jurídica. No ensinamento preciso de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“Não existe, enfim, nem liberdade absoluta no *continuum* juspolítico, nem vinculação absoluta: todos os atos, por mais adstritos que fiquem a prévios condicionamentos de legalidade, têm sempre um resíduo de apreciabilidade em face do interesse público.”¹³⁴

¹³² MORAES, Germana de Oliveira. *Op.cit.*, p. 30. No mesmo sentido é a lição de Andreas J. Krell: Na atual fase “pós-positivista”, que foi instaurada com a ampla positivação dos princípios gerais de Direito nos novos textos constitucionais, os atos administrativos discricionários não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas por sua juridicidade. KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 54.

¹³³ - FREITAS, Juarez. “Os atos administrativos e a discricionariedade vinculada aos princípios”. In: Estudos de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, São Paulo: Malheiros, 1995, p.140.

¹³⁴ - MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade, 4ª. edição, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 15.

Além da impossibilidade de uma atuação totalmente vinculada ou discricionária, a diferença fundamental entre os denominados atos administrativos “vinculados” e “discricionários” deve ser traçada a partir de um critério quantitativo e não qualitativo, pois, em verdade, o que vai variar é a intensidade do grau de liberdade conferido pelo legislador ao administrador, como leciona Andreas J. Krell:

“(...) a vinculação dos agentes administrativos aos termos empregados pela lei apresenta uma variação meramente gradual. Por isso, o ato administrativo “vinculado” não possui uma natureza diferente do ato “discricionário”, sendo a diferença no grau de liberdade de decisão concedida pelo legislador quantitativa, mas não qualitativa. A decisão administrativa oscila entre os pólos da plena vinculação e da plena discricionariedade. Esses extremos, no entanto, quase não existem na prática.”¹³⁵

Ao tratar do controle do ato administrativo, a doutrina tradicional costuma distinguir o controle de legalidade (na concepção liberal) do controle do mérito.

O controle de legalidade, concebido tradicionalmente como a verificação da compatibilidade formal do ato administrativo com a legislação infraconstitucional, seria amplo, pois o seu exercício caberia ao próprio “Poder” que editou o ato (princípio da autotutela administrativa, consagrada na Súmula 473 do STF), bem como aos demais “Poderes”, também responsáveis pela defesa do princípio da legalidade. No momento em que o ato contraria a lei, nasce o poder-dever ou dever-poder de anulação.

Já o controle do mérito do ato administrativo, por sua vez, só poderia ser realizado pelo próprio “Poder” que o editou. Frise-se que o mérito do ato administrativo, nesta visão, pode ser conceituado como “a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário.”¹³⁶ Dessa maneira, em razão do princípio da separação de poderes (*rectius*: funções), apenas quem possui a liberdade de apreciação do mérito na edição do ato, pode reapreciá-lo no caso de eventual

¹³⁵ - KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 22/23.

¹³⁶ - FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 15ª. edição, p. 109. Por esse conceito, normalmente consagrado pela doutrina, conclui-se que três elementos do ato administrativo sempre serão vinculados (competência, forma e finalidade), enquanto os outros dois (motivo e objeto) serão ora vinculados, ora discricionários, dependendo da opção legislativa.

revogação. Daí o Poder Judiciário não poder revogar (controle de mérito) ato administrativo “discricionário” editado pelo Executivo ou Legislativo, mas apenas o ato administrativo editado por ele próprio no exercício da função administrativa (atípica).

O controle judicial da discricionariedade administrativa evoluiu ao longo do tempo. Após o abandono da noção da imunidade judicial da discricionariedade, várias teorias procuraram explicar e legitimar o controle judicial dessa atuação estatal, destacando-se, na doutrina e na jurisprudência, as teorias do desvio de poder¹³⁷ e dos motivos determinantes. Hoje, a teoria do controle da discricionariedade através dos princípios gerais do Direito vem sendo prestigiada pelos operadores do Direito, sem que isso signifique o abandono das demais teorias citadas anteriormente.¹³⁸

Atualmente, a juridicidade, como lembrado anteriormente, amplia a margem de controle do ato discricionário levada a efeito pelo Judiciário, não para permitir a apreciação do próprio mérito administrativo, mas para garantir que este não seja um artifício ou escudo para a violação da ordem jurídico pelo administrador. Compreendido o mérito como “resultado do exercício regular de discricionariedade”¹³⁹, ele somente será considerado legítimo se respeitar a juridicidade. O mérito, concebido como o “sentido político” da ação do Estado, ou seja, de atendimento do interesse público ou de “integração administrativa da legitimidade”¹⁴⁰, continuaria sendo considerado insindicável pelo Poder Judiciário.¹⁴¹ Nada obstante o resultado da atividade discricionária (uso incorreto

¹³⁷ - O art. 78, parágrafo único do Código Tributário Nacional estabelece expressamente esse limite para a atuação administrativa (poder de polícia) discricionária: “Art. 78. (...) Parágrafo único. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.”

¹³⁸ Como afirma a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Finalmente, no momento atual, já tem plena aplicação a possibilidade de controle por meio do recurso aos princípios gerais de direito, como o da boa-fé, o da proporcionalidade dos meios aos fins, o da igualdade, o do direito de defesa.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 2ª. edição, São Paulo: Atlas, 2001, p. 135. No mesmo sentido: MELLO, Celso Antônio bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2ª. edição, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 96.

¹³⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*, 4ª. edição, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 49.

¹⁴⁰ Op.cit. p. 46.

¹⁴¹ Como já dizia o mestre Seabra Fagundes: “O mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, “faria obre de administrador, violando, destarte, o princípio de separação e independência dos poderes”. Os elementos que o constituem são dependentes de critério político e meios técnicos peculiares ao exercício do Poder Administrativo,

do mérito administrativo) pode e deve ser examinado pelo Judiciário para se garantir o respeito aos limites legais e constitucionais, especialmente os princípios constitucionais (“controle dos limites”). Por isso que a invalidação de um ato administrativo por violação ao princípio da razoabilidade, por exemplo, não enseja, em última análise, o exame do conteúdo do mérito pelo Judiciário, mas sim do limite imposto ao administrador na utilização desse mérito. O Superior Tribunal de Justiça, através da relatoria do Ministro José Delgado, consagrou a presente orientação, como se extrai do trecho da ementa abaixo colacionado:

“(...) Vale salientar, ainda, que mérito significa uso correto da discricionariedade, ou seja, a integração administrativa. Com observância do limite do legal e o limite do legítimo, o ato tem mérito. Caso contrário, não tem mérito e deixa de ser discricionário para ser arbitrário e, assim, sujeito ao controle judicial.”¹⁴²

Obviamente que essa ampliação do controle jurisdicional sobre a atividade discricionária, como se viu, não significa uma substituição da apreciação discricionária do administrador, dotado de representatividade popular, pela vontade pessoal do magistrado. Não há, destarte, violação ao princípio democrático, uma vez que o Judiciário, ao invés de adentrar no conteúdo da vontade administrativa, apenas verifica se os limites impostos pelo ordenamento jurídico à atuação administrativa foram respeitados. Nada obstante, com o intuito de se evitar uma simples troca da arbitrariedade administrativa pela judicial, a necessidade de justificação da decisão judicial, no caso, torna-se essencial para sua legitimidade, já que possibilita o controle “final” pelos “donos do poder” (o povo).¹⁴³ Eduardo Garcia de Enterría, em obra sobre o tema, corrobora a presente afirmação quando diz que os tribunais

“no suplantam, pues, a través de ese control, la función propia de los órganos políticos y administrativos, sino que atienden a que la actuación de éstos se

estranhos ao âmbito, estritamente jurídico, da apreciação jurisdicional.” FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 7ª. edição, Rio de Janeiro: 2006, pp. 181/182.

¹⁴² - STJ, REsp nº 647417/DF, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, data do julgamento: 09/11/2004, DJ 21.02.2005 p. 114.

¹⁴³ - Sobre a necessidade de justificação judicial, Tomás-Ramón Fernández afirma: “El deber de independencia exige algo más que el deber de sinceridad y ese algo más es la «justificación» de las decisiones (...) porque solo una justificación suficiente apoyada en sólidas razones puede contribuir a reproducir el consenso social que sostiene al Derecho (...)”. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Madrid: Iustel, 2005, p. 133.

mueva en el espacio preciso en que la Constitución les ha situado: dentro del espacio delimitado por la Ley y el Derecho.”¹⁴⁴

Nesse contexto, ainda, percebe-se hoje a importância crescente da necessidade de motivação dos atos administrativos.¹⁴⁵ Polêmicas à parte, a motivação dos atos administrativos, independentemente de previsão legal expressa nesse sentido, diminui a possibilidade de atuação arbitrária da Administração, uma vez que a transparência pública das razões de fato e de direito, que ensejaram a prática de determinado ato, além de legitimarem essa atuação, serve como parâmetro importante de controle judicial (e, é claro, social).¹⁴⁶ Tomás Ramón Fernández sustenta que a chave da distinção entre a “discrecionalidade legítima” e a “arbitrariedade proibida” reside justamente na motivação que, mais do que um requisito meramente formal, representa a justificação do ato e permite constatar se esse foi fruto de um mero capricho (arbitrariedade) do administrador.¹⁴⁷

No que tange à motivação do ato administrativo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto sustenta existir o princípio da motivação, aplicável a todas as decisões administrativas (aquelas que aplicam uma solução a litígios, controvérsias ou dúvidas), que seria um corolário inafastável do princípio do devido processo da lei (art. 5º, LIV da Constituição da República) e da leitura do art. 93, X do Texto Constitucional.¹⁴⁸

Por fim, a constitucionalização do Direito Administrativo e a submissão da Administração ao Direito (e não apenas à lei formal) demonstram a necessidade de ponderação entre os princípios constitucionais. Isso quer dizer que o princípio da legalidade administrativa não possui um caráter absoluto, podendo ceder espaço, em determinada situação concreta, a outro princípio de igual estatura

¹⁴⁴ - GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia y Justicia Administrativa*, 5ª. edición, Madrid: Civitas, 2005, p. 164.

¹⁴⁵ - A motivação ganha status de princípio no art. 2º, *caput* e parágrafo único, inciso VII, da lei nº 9.784/99. O mesmo diploma legal, em seu art. 50, enumera uma série de atos que devem ser necessariamente motivados.

¹⁴⁶ Nesse sentido: KRELL, Andreas J. *Discrecionalidade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 47.

¹⁴⁷ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “Arbitrariedad y discrecionalidad en la doctrina jurisprudencial constitucional y administrativa”. In: BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel. *Constitución y control de la actividad administrativa*, Madrid: CGPJ-Centro de Documentación Judicial, 2003. p. 73.

¹⁴⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 14ª. edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 92.

constitucional. Nessa seara, o dever de anulação¹⁴⁹ do ato administrativo ilegal (Súmula 473 do STF) pode dar lugar, após um processo de ponderação, ao dever de “salvar”¹⁵⁰ o ato, quando se concluir pela necessidade de prestígio de outros princípios constitucionais (segurança jurídica, etc), como já asseverou o Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO - ENSINO - FREQUENCIA A AULAS - FALTAS - SUPRIMENTO - DL 1.044/69 - ESTUDANTE PRESO - ANALOGIA - ATO ADMINISTRATIVO - NULIDADE - SUMULA 473 STF - TEMPERAMENTOS EM SUA APLICAÇÃO.

I - E LICITA A EXTENSÃO, POR ANALOGIA, DOS BENEFÍCIOS ASSEGURADOS PELO DL 1.044/69, A ESTUDANTE QUE DEIXOU DE FREQUENTAR AULAS, POR SE ENCONTRAR SOB PRISÃO PREVENTIVA, EM RAZÃO DE PROCESSO QUE RESULTOU EM ABSOLVIÇÃO.

II - NA AVALIAÇÃO DA NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, E NECESSÁRIO TEMPERAR A RIGIDEZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, PARA QUE SE COLOQUE EM HARMONIA COM OS CANONES DA ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS, DA BOA-FE E OUTROS VALORES NECESSÁRIOS À PERPETUAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO.

III - A REGRA ENUNCIADA NO VERBETE 473 DA SUMULA DO STF DEVE SER ENTENDIDA COM ALGUM TEMPERAMENTO. A ADMINISTRAÇÃO PODE DECLARAR A NULIDADE DE SEUS ATOS, MAS NÃO DEVE TRANSFORMAR ESTA FACULDADE, NO IMPÉRIO DO ARBITRÁRIO.”¹⁵¹ (grifo nosso)

A idéia de convalidação, como se vê, corrobora a atenuação da aplicação rígida do princípio da legalidade, vez que admite uma atuação administrativa ilegal, mas válida sob o ponto de vista da juridicidade. Gustavo Binbenbojm, ao escrever sobre o tema, denomina “juridicidade *contra legem*” o “reconhecimento da validade jurídica dos efeitos de atos da Administração praticados em

¹⁴⁹ Como regra geral, a doutrina, apoiada na súmula 473 do STF, aponta para o dever de anulação (atuação vinculada) do ato ilegal, salvo no caso de ato discricionário exarado com vício de competência. Nesse sentido: ZANCANER, Weida. Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos, 2ª. edição, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 47; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 19ª. edição, São Paulo: Atlas, 2006, p. 255. A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, após estabelecer o dever de anulação como regra (art. 53), parece consagrar uma faculdade na convalidação dos atos irregulares que “não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros” (art. 55).

¹⁵⁰ Tradicionalmente, a doutrina, de um modo geral, admite que os vícios em relação a determinados elementos do ato administrativo, como a competência e a forma, podem ser convalidados. Vide: ZANCANER, Weida. Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos, 2ª. edição, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 68 (a autora, ao lado da competência e da forma, aponta para a possibilidade de convalidação em relação a falta de alguns atos em determinados procedimentos).

¹⁵¹ - STJ, REsp 45522/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 14/09/1994, DJ 17.10.1994 p. 27865.

desconformidade com a lei, mas ancorados diretamente na Constituição”.¹⁵² Apenas um pequeno reparo em relação à nomenclatura utilizada pelo autor: ao invés da expressão “juridicidade” (“*contra legem*”), que, repita-se, engloba a compatibilidade da atuação administrativa com todo o ordenamento jurídico (inclusive a Constituição), melhor seria falar em “juridicidade de determinadas atuações administrativas *contra legem*”. Isto porque a convalidação tem lugar apenas nos casos em que haja a necessidade, percebida no processo de ponderação, de efetivação de normas constitucionais que, em certas situações concretas, devem prevalecer sobre o princípio da legalidade.

¹⁵² - BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, 2006, p. 173.