
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

Belo Horizonte



2003

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Direção Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Direção Executiva
Emerson Gabardo
Conselho de Redação
Edgar Chiuratto Guimarães
Adriana da Costa Ricardo Schier
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari
Alice Gonzáles Borges
Carlos Ari Sundfeld
Carlos Ayres Britto
Carlos Delpiazzo
Cármem Lúcia Antunes Rocha
Celso Antônio Bandeira de Mello
Clèmerson Merlin Clève
Enrique Silva Cimma
Eros Roberto Grau
Fabrício Motta
Guilherme Andrés Muñoz
Jorge Luís Salomoni
José Carlos Abraão
José Eduardo Martins Cardoso
José Luís Said
José Mario Serrate Paz
Juan Pablo Cajarville Peruffo
Juarez Freitas
Julio Rodolfo Comadira
Luís Enrique Chase Plate

Lúcia Valle Figueiredo
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*in memoriam*)
Marçal Justen Filho
Marcelo Figueiredo
Márcio Cammarosano
Maria Cristina Cesar de Oliveira
Nelson Figueiredo
Odilon Borges Junior
Pascual Caiella
Paulo Eduardo Garrido Modesto
Paulo Henrique Blasi
Paulo Ricardo Schier
Pedro Paulo de Almeida Dutra
Regina Maria Macedo Nery Ferrari
Rogério Gesta Leal
Rolando Pantoja Bauzá
Sérgio Ferraz
Valmir Pontes Filho
Yara Stropa
Weida Zancanner

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores, que gozam de inteira liberdade de opinião.
E-mail para remessa de artigos, pareceres e contribuições: e.gab.@uol.com.br ou conselho@editoraforum.com.br Endereço para envio de contribuições: Editora Fórum - Revista A&C, Av. Afonso Pena, 2770, 15º/16º andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11, jan./fev./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

ISSN: 1516-3210

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342

CDU: 33.342

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Projeto gráfico e diagramação: Rogério de Souza
Revisão: Equipe Fórum
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros

© Editora Fórum Ltda., 2003

Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do editor.

Distribuída em todo o território nacional

Assinaturas e comercialização:

Editora Fórum, Av. Afonso Pena, 2770, 15º/16º andar,

Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

Tel.: (31) 2121-4900 – 0800 704-3737

E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

site: www.editoraforum.com.br

O Princípio da Legalidade e a Discricionariedade Administrativa

Regina Maria Macedo Nery Ferrari

Advogada
Professora de Direito Constitucional da
Universidade Federal do Paraná e da
Universidade Tuiuti do Paraná
Ombudsman do Complexo de Ensino
Superior do Brasil – UniBrasil
Mestre pela PUC/SP e Doutora pela UFPR

1 O princípio da legalidade

Na Constituição Federal brasileira de 1988 o princípio da legalidade, considerado como um direito fundamental e norteador da atividade da Administração Pública, significa que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, da CF), consistindo uma das principais garantias do respeito à essência do Estado de Direito, no qual o desempenho da função administrativa é estritamente dependente, subordinada à lei.

Entretanto é preciso esclarecer que, neste contexto, a expressão “lei” deve ser entendida em termos amplos, isto é, não está atrelada apenas à lei formal, na medida em que esta não é a única fonte do Direito.

Celso Antônio Bandeira de Mello tratando do Estado de Direito e do fato de ele, em quaisquer de suas feições, repousar no respeito ou parâmetro da legalidade, afirma que inicialmente é “submisso aos termos constitucionais, em seguida, aos próprios termos propostos pelas leis, e, por último, adstrito à consonância com os atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público”. Vale dizer: “A grande novidade do Estado de Direito certamente terá sido subjugar totalmente a ação do Estado a um quadro normativo, o qual se faz, assim, impositivo para todos — Estado e indivíduos”.¹

É assim que Carmem Lúcia Antunes Rocha prefere a expressão princípio da juridicidade e não apenas de legalidade, “é que, ainda que se entenda esta em sua generalidade (e não na especificidade da lei formal), não se tem a inteireza do Direito e a grandeza da Democracia”.²

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 11.

² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 69.

Não se deve deixar de reconhecer que a lei, tomada em sua concepção formal, é o mais freqüente instrumento pelo qual se positiva o Direito, sendo ela, ainda, o principal veículo que embasa o Poder no Estado de Direito, porém não é a única, ou seja, quando se fala em legalidade se está a incluir neste universo todas as normas que compõem o sistema jurídico, desde as normas constitucionais até o ato normativo emanado da Administração Pública, e isto na medida em que estes são dotados, também, de obrigatoriedade, quando a lei não determinar a necessidade de existência de uma outra norma que venha lhe explicitar o sentido, dentro dos limites por ela estabelecidos.

Hoje, a Lei Fundamental brasileira faz referência ao Estado Democrático de Direito, o que, segundo José Afonso da Silva, não significa unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito,³ vale dizer, que o Estado se submete ao Direito e que sua fonte é a vontade do povo “livre para elaborá-lo e eficiente para fazê-lo valer”.⁴

Assim, mesmo quando se reconhece a lei como a principal fonte do Direito, constata-se que ela não é a única e, portanto, ao se falar em legalidade administrativa se quer dizer que esta não se limita à lei formal, mas ao ordenamento jurídico vigente, ou seja, “o administrador público submete-se não apenas à lei, mas ao Direito, e este pode ser instrumentalizado por outros meios que não a lei formal”.⁵

A legalidade assegurada como direito fundamental reside na liberdade do indivíduo, já a legalidade determinada como princípio norteador da Administração Pública é dever, o que leva a entendê-la como ausência de liberdade da pessoa que administra o bem do público, fato este que distingue o seu comportamento daquele previsto para os particulares.

É neste sentido que se tem admitido que, para o indivíduo, tudo o que não está juridicamente proibido está juridicamente permitido, e mais, que a Administração só pode fazer o que lhe é permitido, ou seja, para a Administração é proibido tudo aquilo que não está juridicamente permitido.

Entretanto, o elenco normativo ao permitir a atuação administrativa não o faz, sempre, de igual modo, isto é, quando a norma a ser cumprida determina, de modo completo, o comportamento que o administrador deve tomar perante o caso concreto, diz-se que se está frente a uma competência vinculada. Porém, quando em decorrência do modo pelo qual o ordenamento jurídico regula a

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 116.

⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., p. 75.

⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., p. 79.

atividade administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade permissiva, na qual cabe a interferência de sua apreciação subjetiva quanto ao modo de proceder nos casos concretos, encontra-se uma atuação discricionária, e se diz que, neste caso, a Administração dispõe de “poder discricionário”.

Como se vê, a legalidade não implica na inexistência da discricionariedade, pois é impossível admitir que o ordenamento jurídico pode pensar e reger todas as situações da vida do indivíduo, e que pode normatizar tudo que for de seu interesse.

Daí resulta a necessidade de compatibilizar o princípio da legalidade da Administração com o da discricionariedade administrativa, haja vista que esta não é uma carência pura e simples de regulamentação normativa: “é em realidade uma forma possível de regulamentação, na qual a lei fixa um marco de competência dentro do qual deixa ao funcionário uma margem de decisão, de criação própria, sem que isto signifique, por si só, que a mera atribuição de competência possa entender-se como outorga de liberdade para atuar”.⁶

Quando se examina o conteúdo do princípio da legalidade voltado para o indivíduo e o determinante da atividade da Administração Pública, o que se vê é uma forma diferente da permissibilidade, ou seja, do problema da liberdade dentro da qual se pode movimentar o indivíduo e o administrador público, tanto no que tange à esfera individual como ao universo administrativo, e isto dentro de uma estrutura lógica do Direito que o tem como uma plenitude hermética ou finitude lógica.

Conforme observa Carlos Cossio, isto só acontece quando se têm como sinônimos das expressões permitido e proibido as que se referem a lícito e a ilícito respectivamente, e se permite dizer que tudo o que não é lícito é ilícito. Porém, é preciso reconhecer que se referem a coisas diversas. O lícito alude a conformidade de um ato que evita a imputação de sanção, o permitido ao poder fático de fazer algo que seja lícito. Além disso, é impossível ver a liberdade desprovida de alguma consideração axiológica, porque dentro do campo da realidade ela sempre possui limites, o que não destrói a imagem de que o indivíduo encontra-se em um horizonte por algum lado aberto e o funcionário, em um horizonte totalmente fechado.⁷

Tratando-se do universo jurídico e enquanto integrantes deste universo, tanto um como outro participam de um mesmo espaço, ou seja, nem o indivíduo nem o administrador podem atuar em desconformidade com o direito, o que

⁶ GORDILLO, Agustín. *Principios Gerais de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 170.

⁷ Sobre a teorização de Carlos Cossio conferir: COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perot, 1964.

significa dizer que dentro da esfera de sua de atuação, existe um espaço livre, ou seja, dentro daquilo que não lhe está proibido tem só uma eventual liberdade jurídica, a faculdade de escolher e concretizar por si mesmo, de acordo com suas próprias estimativas, o que conduz a dar realidade à norma geral em que se apóia.

Portanto, não se deve confundir a permissividade como conteúdo normativo com a liberdade jurídica, pois aquela nada mais é do que os limites jurídicos desta mesma liberdade.

Assim, o permitido com o sentido de não proibido ou de estar autorizado realiza-se em relação ao particular e à atividade administrativa, mas esta é sempre infralegal ainda quando se identifique o conteúdo normativo permissivo, isto é, “a atividade administrativa é uma atividade muito mais assujeitada a um quadro normativo constritor do que a atividade dos particulares”. Porque a relação existente entre um indivíduo e a lei, “é meramente uma relação de não contradição, enquanto que a relação existente entre a Administração e a lei, é não apenas uma relação de não contradição, mas é também uma relação de subsunção”.⁸

2 A discricionariedade

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, analisando o Estado Liberal, observa que ao lado da atividade administrativa, vista como simples execução legal, existe outra que decorre da livre apreciação por parte da Administração Pública, na qual atua isenta de vinculação legal e, portanto, de controle judicial. Esta era a forma como se concebia a discricionariedade nesse período. “A consequência foi que esta última era entendida de forma muito mais liberal do que a atualmente concebida: a Administração podia fazer não só o que a lei expressamente autorizasse, como também tudo aquilo que a lei não proibisse. Foi o que ficou expresso no artigo 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: ‘A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade’.”⁹

Em meados do século XIX aparecem reações contra o Estado Liberal e após a segunda grande guerra consolida-se o Estado Social ou de Bem-Estar, onde o homem deixa de ser o fim único do direito e os interesses públicos passam a ter supremacia sobre os individuais.

Cresce a função estatal a cargo da Administração Pública e se começa entender o princípio da legalidade de forma diferente. Enquanto no Estado Liberal se reconhecia à Administração ampla discricionariedade no espaço deixado pela

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 112-113.

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 19.

lei, significando que ela pode fazer tudo o que a lei não proíbe, agora a lei passa a abranger toda a atividade administrativa, isto é, a Administração só pode fazer o que a lei permite, a discricionariedade é um poder emanado da lei, que só pode atuar dentro da lei. Desta forma passa a ser um problema entender onde termina a legalidade e começa a discricionariedade.

O Estado ao mesmo tempo em que atua no desenvolvimento social e econômico é chamado, também, a assegurar a justiça social e, desta forma, passa a por em perigo a liberdade individual pela crescente intervenção, que vai desde a simples limitação ao exercício de direitos, até a atuação direta no setor da atividade privada.

Assim é que os indivíduos passaram a exigir que o poder público não só se detivesse no exercício das atividades de segurança, polícia e justiça, mas, também, na prestação de serviços públicos essenciais para o desenvolvimento do indivíduo, para por fim às injustiças. Este Estado prestador de serviços coloca em perigo a liberdade individual ao passar a limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem estar coletivo.¹⁰

O princípio da legalidade administrativa passa, no Estado de Direito Social, a ter outro sentido, ou seja, a vinculação à lei abrange toda atividade administrativa, significando que a Administração só pode fazer o que a lei permite. A própria discricionariedade deve ser entendida dentro do sistema jurídico, como um dever/poder emanado da lei para cumprir a finalidade nela prevista.

O insucesso do Estado Social na conquista de valores apregoados pelo liberalismo propicia a introdução de novas concepções com vistas à produção da justiça social. Sobre o assunto se posiciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

No Estado de Direito, que tem como um dos alicerces o princípio da legalidade, todos os poderes que a Administração Pública exerce são limitados pela lei, de forma a impedir os abusos e as arbitrariedades a que as autoridades poderiam ser levadas. Com efeito, sendo ela dotada de prerrogativas de poder público, que lhe asseguram posição de supremacia sobre o particular, indispensável para a consecução dos fins de interesse público, o princípio da legalidade surge como garantia de equilíbrio entre os poderes de autoridade que a Administração exerce e os direitos individuais assegurados pelo ordenamento jurídico.¹¹

Cabe então perguntar, nos dias de hoje em que se fala e se pretende a volta do liberalismo estatal, pode-se admitir a ampla discricionariedade da Administração?

Partindo da supremacia constitucional e da constatação que a ideologia que

¹⁰ Sobre esta evolução do Estado ver: BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 40.

embasa nossa Constituição é a do liberalismo social ou a do social liberalismo, não se pode pensar em liberdade ampla, mas no exercício da discricionariedade permitida pela lei.

Porém, nem sempre o regramento atinge todos os aspectos da atuação administrativa, em certas hipóteses a lei permite alguma liberdade para a decisão diante do caso concreto, o que significa que o administrador poderá optar por uma, dentre as várias soluções possíveis perante o Direito. É quando se diz que o poder da Administração é discricionário, ou seja, o legislador deixa para o administrador a decisão sobre a solução a ser adotada, embasada em critérios de mérito, isto é, na oportunidade, conveniência, justiça, igualdade, etc.

É oportuno verificar que mesmo aqui, em face da discricionariedade, a atividade da administração não é totalmente livre, porque em relação à competência, à forma, e à finalidade, a lei impõe limitações, de modo que se pode dizer que a discricionariedade não implica em total liberdade, mas só aquela que se realiza dentro dos limites traçados na lei.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que a discricionariedade pode decorrer:

1. da hipótese da norma, isto quando a lei haja, de modo impreciso descrito a situação fática, ou seja, o acontecimento que fará deflagrar o comando normativo;

2. do comando da norma, quando esta abra para o administrador alternativas de conduta, vale dizer quanto a expedir ou não o ato, quanto à apreciação da oportunidade para agir, por deixar a sua apreciação a forma que revestirá o ato, por ficar a cargo do agente administrativo ou determinar qual será a medida satisfatória naquelas circunstâncias fáticas;

3. da finalidade da norma, pois esta sempre aponta para valores, tais como a moralidade pública, interesse público, segurança pública, etc., os quais sempre comportam entendimentos não necessariamente uniformes, comportando graus.¹²

Isto posto, é necessário registrar que a lei, mesmo quando admite a conduta discricionária, impõe que a sua finalidade seja alcançada de modo excelente, por um comportamento ótimo.

Mas se a atuação discricionária só pode se realizar dentro dos limites traçados na lei, visando ao atendimento perfeito de sua finalidade, qual a justificativa dessa discricionariedade?

Primeiro para evitar o automatismo dos agentes administrativos, que ocorreria se só pudessem aplicar rigorosamente a lei, segundo para suprir a

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 112.

impossibilidade do legislador prever todas as situações que o administrador terá de enfrentar. Tudo isto sem esquecer que as necessidades coletivas são sempre crescentes, de tal modo que o interesse público exige uma flexibilidade de atuação. Nesse sentido, Fiorini afirma que “a discricionariedade é, então, a ferramenta jurídica que a ciência do direito entrega ao administrador para que a gestão dos interesses sociais se realize respondendo às necessidades de cada momento”.¹³

Caio Tácito analisando a discricionariedade que se realiza nos limites do ordenamento jurídico, afirma que considerando a competência para realização do ato não há qualquer discricionariedade, porque “cada autoridade dispõe de uma capacidade de agir que provém da regra de direito” e que tão pouco existe liberdade quanto à constatação dos motivos, das situações de fato ou de direito que determinam sua iniciativa, porque se trata de mera constatação, e a existência é matéria de ordem objetiva, de modo que a sua observação imperfeita provocará erro de fato ou de direito. Porém, a apreciação quanto ao valor dos motivos, integra a esfera da discricionariedade do administrador, bem como a concretização do objeto, “é este, por excelência, o seu terreno próprio. Não existindo norma legal que vincule obrigatoriamente a autoridade a praticar determinado ato, ou a se abster de praticá-lo, pertence, livremente, à administração a faculdade de decidir, segundo sua convicção, da oportunidade, da justiça, da conveniência ou da necessidade do ato administrativo”.¹⁴

É o Professor Caio Tácito que conclui que “a discricionariedade é a faculdade concedida à Administração de apreciar o valor dos motivos e determinar o objeto do ato administrativo, quando não o preestabeleça a regra de direito positivo”. Portanto, quando a lei não determinar ou proibir a atuação, cabe ao administrador agir, com base na discricionariedade.¹⁵

É assim que Celso Antônio Bandeira de Mello afirmando que a atividade administrativa é sempre e essencialmente infralegal, considera que a discricionariedade da Administração significa que “enquanto o particular pode fazer tudo aquilo que não lhe é proibido, estando em vigor portanto o princípio geral da liberdade, a Administração só pode fazer o que lhe é permitido”.¹⁶

Dentro deste enfoque, considera que “o poder discricionário jamais poderia resultar da ausência de lei que dispusesse sobre dado assunto, mas tão somente poderá irromper como fruto de um certo modo pelo qual a lei o haja regulado, porquanto não se admite atuação administrativa que não esteja previamente

¹³ Apud DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella, op. cit., p. 42.

¹⁴ TÁCITO, Caio. *Desvio de poder em matéria administrativa*. Tese, 1951, p. 24 et seq.

¹⁵ Id.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 12-13.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 13.

autorizada por lei”, pois se não for deste modo se está a vivenciar o arbítrio, um abuso intolerável de poder.¹⁷

É importante, neste momento, esclarecer que ao considerar, de modo correto, que os parâmetros da legalidade não se encontram restritos, como já afirmado, apenas ao império da lei formal, mas primeiramente “submisso aos termos constitucionais, em seguida, aos próprios termos propostos pelas leis, e, por último, adstrito à consonância com os atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público”, aceita-se a posição de Cármen Lúcia Antunes Rocha quando afirma que:

No Estado Democrático de Direito a juridicidade entranha o sistema normativo constituído e praticado. Não há comportamento, menos ainda do Estado, invulnerável ao toque controlador da segurança da relação de juridicidade. O arbítrio não coincide, não compatibiliza, não se concilia com a juridicidade que domina todas as relações do Estado Democrático de Direito. O Direito Administrativo não combina com o voluntarismo do administrador público. A oportunidade ou a conveniência, elementos sempre enfatizados para a conceituação e caracterização da discricionariedade, não está fora da juridicidade administrativa. Este é um limite fatal e incontornável posto à atuação do administrador público.¹⁸

Cabe então perguntar: dentro deste panorama subsiste a discricionariedade administrativa, qual o seu sentido?

A discricionariedade administrativa não significa liberdade de eleição ou atuação, no sentido de possibilidade de escolha livre, mas limite dessa liberdade, ou seja, agir dentro da permissibilidade normativa, de modo a atingir com

¹⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, op. cit., p. 118-119.