



Interesse Público

REVISTA BIMESTRAL DE DIREITO PÚBLICO

© 2008 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda.

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º e 16º andar - Belo Horizonte - MG - Brasil

CEP 30130-007

Tel.: 0800 704 3737

Internet: www.editoraforum.com.br

e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Os acórdãos estampados na íntegra correspondem às cópias obtidas junto aos respectivos tribunais ou se originam de publicações de seus julgados.

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa

Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta

Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868

Bibliotecária responsável: Leila Aparecida Anastácio - CRB 2513 - 6ª região

Impressa no Brasil / Printed in Brazil

Distribuída em todo o Território Nacional

Interesse Público, ano 10, n. 47, jan./fev. 2008. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Revista de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Bimestral.

Publicada do ano 1, n. 1 jan./mar. 1999 ao n. 42, mar./abr. 2007 pela Editora Notadez, Porto Alegre.

Publicada a partir do ano 9, n. 43 maio/jun. 2007 pela Editora Fórum, Belo Horizonte.

1. Direito Público-Periódico. 2. Direito Administrativo-Periódico
3. Direito Tributário-Periódico

CDU: 34(05)

Repositório autorizado de Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal: nº 28/00

Superior Tribunal de Justiça: nº 44/00

Tribunais Regionais Federais da 1ª e 2ª Regiões

Ada Pellegrini Grinover
Adilson Abreu Dallari
Adilson José de Oliveira
Adriana Maurano
Adriano Sant'Ana Pedra
Affonso de Aragão Peixoto Fortuna
Alcides da Fonseca Sampaio
Alessandra Okuma
Alexandre Burmann Pereira
Alexandre Coutinho Pagliarini
Alexandre D. Faraco
Alexandre Santos de Aragão
Alexandre Schubert Curvelo
Alexandre Zamprogno
Alice Gonzalez Borges
Alice Mouzinho Barbosa
Amir José Finocchiaro Sarti
Ana Lucia Ikenaga Warnecke
Ana Lúcia Xavier Siqueira
Ana Luísa Soares de Carvalho
Ana Maria Moreira Marchesan
Ana Paula Coimbra Rodrigues
Ana Paula de Barcellos
Ana Paula Martins Albuquerque
Ana Teresa Ribeiro da Silveira
Anderson Sant'Ana Pedra
André L. Borges Netto
André Luiz Carvalho Estrella
Andrea Teichmann Vizzotto
Andreas Joachim Krell
Andrei Pitten Velloso
Ângela Cássia Costaldeilo
Antônio Carlos Cintra do Amaral
Antonio López Díaz
Armando João Perin
Armando Moutinho Perin
Arno Werlang
Aurélio Pitanga Seixas Filho
Ayrton de Mendonça Teixeira
Bartolomé Borba
Bernardo de Souza
Bruno José Ricci Boaventura
Calixto Salomão Filho
Carin Prediger
Carlos Alberto Bencke
Carlos Araújo Leonetti
Carlos Ayres Britto
Carlos Mário da Silva Velloso
Carlos Maurício Figueiredo
Carlos Roberto Siqueira Castro
Carolina Zancaner Zockun
Cassya L. Vuolo
Cass R. Sunstein
Celso Antônio Bandeira de Mello
César A. Guimarães Pereira
Christianne de Carvalho Stroppa
Cibele Fernandes Dias
Ciro Cardoso Brasileiro Borges
Cláudio Pereira de Souza Neto
Cleber Demétrio Oliveira da Silva
Clovis Beznos

Cristiana Fortini
Dâmares Ferreira
Daniele Russi Campos
Darlá Martins Vargas
Débora de Carvalho Baptista
Demian Guedes
Demóstenes Tres Albuquerque
Diego Marín-Barnuevo
Diogenes Gasparini
Dinorá Adelaide Musetti Grotti
Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Djalma Antônio Moiler Garcia
Douglas Fischer
Edgar Guimarães
Edmar Vianei Marques Daudt
Edmilson Todeschini
Eduardo Fortunato Bim
Eduardo García de Enterría
Eduardo Rocha Dias
Egon Bockmann Moreira
Eliezer Pereira Martins
Ernani Ignácio de Oliveira
Ernst Benda
Eros Roberto Grau
Evandro T. Homercher
Fábio Konder Comparato
Fábio Rodrigo Victorino
Fernando Laércio Alves da Silva
Fernando Luiz Ximenes Rocha
Flávia Piovesan
Flávio C. de Toledo Jr.
Flávio Dino de Castro e Costa
Flávio Henrique Unes Pereira
Flávio Sant'Anna Xavier
Flávio Sátiro Fernandes
Floriano de Azevedo Marques Neto
Francisco Bertino Bezerra de Carvalho
Frederico Costa Miguel
Gabriela Verona Pércio
Geraldo Costa da Camino
Gilmara Ferreira Mendes
Giovani Bigolin
Giovani Corralo
Giuliana Mendonça Pessoa
Gustavo Augusto Ferraz Rodrigues
Gustavo Calmon Holliday
Gustavo Nygaard
Heinrich Scholler
Hélio Cardoso Neto
Hélio Saul Mileski
Hugo de Brito Machado
Ives Gandra da Silva Martins
Ivo Dantas
Jacintho Arruda Câmara
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Jair Eduardo Santana
Jairo Gilberto Schäfer
Jalusa Prestes Abaide
Janaina Rigo Santin
Jessé Torres
João Batista Gomes Moreira

João Bellini Júnior
João Eduardo Lopes Queiroz
João Francisco dos Santos Silva
João Pedro Lamana Paiva
Joaquim B. Barbosa Gomes
Joaquim José Gomes Canotilho
Jorge Miranda
Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
José Adão Figueiredo dos Santos
José Afonso da Silva
José Amengual Antich
José Casalta Nabais
José de Ribamar Caldas Furtado
José dos Santos Carvalho Filho
José Eduardo Martins Cardozo
José Marcos Domingues
José Nilo de Castro
José Sérgio Monte Alegre
Juarez Freitas
Juliano Souza de Albuquerque Maranhão
Júlio César Ballerini Silva
Júlio César Fucilini Pause
Karine Demoliner
Karine Viganigo da Silva
Leandro Adiers
Leandro de Azevedo Bemvenuti
Leticia Queiroz Andrade
Linda Maria de Pontes Gondim
Lucia Valle Figueiredo
Luciana de Campos Maciel
Luciano Ferraz
Luciano Ramos
Luciano Zambrota
Luís Armando Viola
Luís Paulo Sirvinskas
Luís Roberto Barroso
Luiz Fernando Rodrigues Junior
Luiz Henrique Antunes Alochio
Luiz Otávio Rodrigues Coelho
Manoel Lauro Volkmer de Castilho
Manolo Del Olmo
Marçal Justen Filho
Marcelo Abelha Rodrigues
Marcelo Figueiredo
Marcelo Harger
Márcia Ferreira Cunha Farias
Márcia Pelegrini
Márcia Raquel Paiva e Holanda
Márcia Rosa de Lima
Márcia Walquiria Batista dos Santos
Marcos Juruena Villela Souto
Marcos Nóbrega
Marcus de Freitas Gouvêa
Marga Inge Barth Tessler
Margalene Cavalcante Cordeiro
Márcia Aparecida Cardoso da Silveira
Maria Cristina Cesar de Oliveira Dourado
Maria de Lourdes M. Rosário
Maria de Lourdes P. Deroza
Márcia Garcia
Mária Sylvia Zanella Di Pietro

Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública

Vitor Rhein Schirato

Mestrando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. LL.M. em Direito Administrativo Econômico pela Universidade de Osnabrück, na Alemanha. Advogado em São Paulo.

Palavras-chave: Princípio da legalidade. Administração Pública. Discricionariedade administrativa. Controle jurisdicional.

Sumário: I Introdução e colocação do tema - II Da legalidade à juridicidade - III A relação da atuação da Administração Pública com a lei - IV Relação de legalidade e discricionariedade administrativa - V Controle jurisdicional dos atos administrativos - VI Conclusão

I Introdução e colocação do tema

O tema do presente trabalho relaciona-se com o verdadeiro significado da relação de legalidade, decorrente do Princípio da Legalidade aplicável à Administração Pública. Em razão da amplitude do tema e de sua intrínseca relação com os institutos do Direito Administrativo, este estudo abrangerá não apenas uma análise do verdadeiro substrato do Princípio da Legalidade, previsto na Constituição Federal de 1988, no *caput* do artigo 37, mas também algumas das conseqüências da concepção de legalidade, que entendemos a mais apropriada sobre alguns outros institutos e conceitos do Direito Administrativo, tais como discricionariedade administrativa e controle jurisdicional.

Evidentemente, em razão da natureza articular deste estudo, não se pretende esgotar o tema, tampouco analisar todos os seus desdobramentos, mas apenas pretende-se expor brevemente os traços que emergem, a nosso ver, mais relevantes para o fomento de discussões da matéria.

Preliminarmente, é imperioso contextualizar as considerações aqui contidas a partir de uma breve exposição da gênese e do desenvolvimento da obrigatoriedade de legalidade da Administração Pública, bem como da evolução da atuação administrativa, desde o pensamento iluminista até os dias atuais.

A noção de legalidade tem sua origem no pensamento iluminista, advindo de uma necessidade de constituição de determinadas garantias aos administrados, em contraposição ao regime absolutista então vigente (o denominado Estado de Polícia). Fazia-se fundamental, para o correto desenvolvimento das atividades econômicas pela burguesia emergente, que o Estado interferisse o mínimo possível nas atividades particulares, atuando segundo regras previamente estabelecidas pelo Direito, com a finalidade única de garantir a vida, a propriedade e a liberdade das pessoas.

O Estado francês pós-revolucionário bem como outros Estados moldados segundo o pensamento iluminista (por exemplo, o Estado inglês e o Estado norte-americano) previam em suas constituições a obrigatoriedade de uma atuação estatal meramente garantidora de direitos fundamentais e atuante de forma submissa às normas jurídicas existentes, em contraposição ao Estado absolutista, que não se submetia às normas jurídicas.

O papel do Estado era consideravelmente secundário na sociedade, restringindo-se em grande parte ao ordenamento do caos social existente e decorrente do convívio entre os cidadãos. O Estado era visto amplamente decorrente do Contrato Social, idealizado por Rousseau. Apenas poderiam ser impostas restrições aos direitos dos cidadãos, na exata medida em que estes concordassem com as normas impostas por meio de processos democráticos da edição de leis.

Neste contexto, surge a noção do Estado legal no Direito Francês, segundo a qual a lei é o instrumento maior do Ordenamento Jurídico, que impõe claramente as obrigações e os limites de atuação do Estado.¹ O Estado, segundo a concepção francesa, somente poderia atuar conquanto a lei assim determinasse, com o fundamento de se garantir a previsibilidade das relações jurídicas.

Posteriormente, em certa forma de contraposição à concepção francesa do Estado Legal, advém a noção de Estado de Direito, desenvolvida pela doutrina alemã. Segundo tal noção, o Estado encontra-se submetido ao Direito, criado pela Constituição. A lei deixa de ocupar o mais alto posto dentro do ordenamento jurídico, dando espaço a uma constituição rígida, que cria as competências e as diretrizes fundamentais do ordenamento jurídico.²

¹ Sobre o tema: CHEVALLIER, Jacques. *L'État de Droit*. Paris: Montchrestien, 1992. p. 11 et seq.

² Sobre o tema, afirma Stefan Haack: "a Constituição qualifica-se como a norma mais alta por meio do estabelecimento das estruturas e das direções fundamentais de um Ordenamento Jurídico na forma de

Há uma autolimitação do poder estatal por meio da promulgação da Constituição, haja vista que esta demarca a característica maior do Estado soberano, que é a competência fundamental para estabelecer as próprias normas de funcionamento do Estado (é o que a doutrina alemã costuma denominar de *Kompetenz-Kompetenz*).

Com o avançar do tempo, a noção de Estado e as obrigações impostas à Administração Pública passam por consideráveis reformulações. A gama de incumbências da Administração Pública cresce de forma considerável na medida em que cresce a complexidade das relações sociais. Passa-se a exigir do Estado não apenas uma posição de garantidor da vida, da liberdade e da propriedade, mas também a prestação efetiva de atividades materiais, de forma a possibilitar e a melhorar a vida dos cidadãos. O campo de atuação do Estado cresce, demandando uma revisão de seus instrumentos de regência.³

Torna-se cada vez mais difícil a existência de fundamento legal específico para cada forma de atuação do Estado, o que vai, paulatinamente, impossibilitando a aplicação de uma legalidade estrita, que imponha ao Estado uma atuação sempre integralmente moldada pela Lei. O maior número de situações que demandam do Estado uma atuação no caso concreto torna cada vez mais improvável a previsão legal de todas as hipóteses em que o Estado deve atuar e a forma como deve se dar tal atuação.

Em razão de tal situação, alguns questionamentos emergem fundamentais para uma análise completa do verdadeiro substrato da noção de legalidade. Entre tais questionamentos, destacamos: (i) o verdadeiro conceito de legalidade que vincula a Administração Pública, (ii) a relação que deve existir entre a atuação da Administração Pública e a lei e (iii) quais os elementos que emergem como balizadores do controle de uma atuação legal da Administração Pública.

validade de normas jurídicas. Ela fixa as bases do Ordenamento Jurídico por meio do estabelecimento das premissas de estabelecimento de normas. Na ordem constitucional da norma fundamental encontram-se as disposições básicas das formas jurídicas de topologia do Estado Democrático de Direito, do federalismo e da democracia. A Constituição como norma mais alta do Ordenamento Jurídico rege adicionalmente as competências, atribuições e atuação conjunta dos mais altos órgãos de uma ordem jurídica. Ela estabelece o fundamento jurídico de suas atividades". *In Der Begriff der Verfassung*. *Revista Europäisches Recht*, p. 787 2004 (tradução nossa).

³ Sobre o tema: MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev., at. e amp. São Paulo: R. dos Tribunais, 2003. p. 145 et seq.

São, basicamente, esses os elementos que serão objeto de análise neste estudo para se propor algumas considerações sobre o significado da relação de legalidade.

II Da legalidade à juridicidade

A legalidade inicialmente prevista no Direito francês, segundo a qual toda e qualquer atuação da Administração Pública deve ter expressa e clara previsão legal que determine seu conteúdo e seus limites, não nos parece remanescer aplicável hodiernamente, uma vez que a complexidade das relações sociais e a enorme gama de campos de atuação da Administração Pública parecem-nos impedir que haja previsão em lei formal de todas as hipóteses em que a Administração Pública tenha que agir.

A noção de vinculação da Administração Pública estritamente à lei, portanto, acaba por transparecer não mais a concepção mais apropriada para o cumprimento da exigência de legalidade, sob pena de impossibilitar-se uma atuação da Administração Pública consentânea com as relações sociais subjacentes que devem ser garantidas e protegidas pelo Estado.

Passa a ser fundamental um alargamento da noção de legalidade, não se referindo apenas à lei formal, mas sim a todo um bloco de legalidade integrado por diversas fontes normativas que compõem o ordenamento jurídico, incluindo, sobretudo, a Constituição, como mais alta norma do Ordenamento Jurídico.

Esse alargamento tem como fundamento (i) a impossibilidade de existência de previsão legal de todas as condutas possíveis da Administração Pública e (ii) a necessidade de ampliação do escopo do controle da atividade administrativa, mediante o aumento das normas que vinculam a atividade administrativa, em razão da inexistência de previsão expressa em lei de todas as condutas da Administração Pública.

Ademais, em razão do aumento da complexidade das relações sociais no século XX advinda da emergência de uma sociedade pluralista e democrática, bem como da necessidade de reafirmação e ampliação dos direitos fundamentais, as constituições contemporâneas passam a conter cada vez mais normas, prevendo questões que impõem diretamente obrigações à Administração Pública. Há uma inegável constitucionalização do Direito Administrativo. Passa, portanto, a ser inegável a vinculação da Administração Pública

diretamente à Constituição, sem a necessidade de previsão específica da atuação da Administração Pública em norma infraconstitucional, o que corrobora com a necessidade de ampliação da concepção de legalidade. Como muito bem observa Eberhard Schmidt-Assmann: "as vinculações ao Direito da Administração Pública advêm mais profundamente da Constituição".⁴

Portanto, vigoraria atualmente uma noção de legalidade ampliada, não ligando a Administração Pública somente à lei formal, mas sim a todo um bloco de legalidade, integrado pela Constituição e pelas demais normas e valores constantes do Ordenamento Jurídico. O Princípio da Legalidade passaria, a nosso ver, a significar não apenas a obrigação de atuação da Administração Pública de acordo com a lei, mas sim a atuação de acordo com o Direito.

Sobre o tema, afirma a Professora Odete Medauar:

A Constituição brasileira de 1988 determina que todos os entes e órgãos da administração pública obedeçam ao princípio da legalidade (art. 37, caput); a compreensão do princípio deve abranger não somente a lei formal, mas também os preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme prevê o art. 1º caput da Constituição; e ainda, deve incluir os demais fundamentos e princípios de base constitucional. Desse modo vincula-se a atividade administrativa aos valores que informam o ordenamento como um todo, associando-se, de modo mais estreito, o direito administrativo às disposições constitucionais.⁵

Essa noção de uma legalidade ampliada, considerando-se a Administração Pública não vinculada apenas à lei formal, mas sim a todas as normas que compõem o Ordenamento Jurídico, encontra previsão expressa, por exemplo, no item 3 do artigo 20 da Constituição da República Alemã, que determina que a Administração Pública tem que atuar com observância da Lei e do Direito.

A este alargamento da concepção de legalidade dá-se o nome de juridicidade, ou legalidade ampla, conforme a seguinte colocação de Alexandre Santos de Aragão:

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

⁴ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*. 2. Aufl. Heidelberg: Springer, 2006. p. 50.

⁵ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, p. 149.

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 de 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. Note-se que esta formulação é uma via de mão dupla: serve tanto para restringir a ação da Administração Pública não apenas pela lei, mas também pelos valores e princípios constitucionais, como para permitir a sua atuação quando, mesmo diante da ausência de lei infraconstitucional específica, os valores da Constituição (lei constitucional) impuserem a sua atuação.⁶

A consequência primordial dessa construção alargada da legalidade, como muito bem ressalta o autor, é o alargamento das normas às quais a Administração Pública encontra-se vinculada, *bem como* a existência de autorização para a atuação da Administração Pública mesmo nos casos em que não haja previsão legal específica e nos quais os valores consagrados na Constituição devam ser tutelados.

Em vista do exposto, entendemos, no que concerne ao verdadeiro substrato hodierno do Princípio da Legalidade, que não mais se pode falar em legalidade como sinônimo de lei formal, mas sim que há uma obrigação de referir-se à legalidade como um bloco normativo integrado pela Constituição e pelos demais valores consagrados e normas integrantes do Ordenamento Jurídico.

III A relação da atuação da Administração Pública com a lei

Em complementaridade da concepção alargada de legalidade que entendemos ser adequada, conforme exposto no tópico precedente, advém outra questão de extremo relevo, qual seja, o grau de conformidade da atuação da Administração com a lei, considerada de forma ampla, em conformidade com o exposto anteriormente.

Como muito bem exposto por Charles Eisenmann,⁷ há, no mínimo, duas concepções possíveis para a relação de legalidade da Administração

⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 236, p. 63, abr./jun. 2004.

⁷ EISENMANN, Charles. O direito administrativo e o princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 56 p. 47 et seq., abr./jun. 1959.

Pública, quais sejam, a relação de conformidade e a relação de compatibilidade. A relação de conformidade exigiria a estrita conformidade da atuação da Administração Pública com a previsão legal que houver autorizado tal atuação. Por outro lado, na relação de compatibilidade, seriam legais todos os atos que não contrariassem uma disposição normativa aplicável.

A exigência de conformidade dos atos da Administração Pública à lei torna a Administração Pública uma mera executora das leis formais, visto que apenas seria lícito à Administração Pública aferir a existência no mundo fático da conduta prevista hipoteticamente na norma e aplicar-lhe a respectiva consequência jurídica prevista pela norma.

De outro turno, a exigência de compatibilidade apenas exige que a Administração Pública não contrarie nenhuma norma jurídica aplicável, criando-se um cenário no qual a Administração Pública poderia realizar qualquer ato que não fosse contrário ao Direito, em atuação bastante assemelhada com a atuação dos particulares.⁸ É uma situação de vinculação negativa da Administração Pública, semelhante à concepção de legalidade aplicável aos particulares.

Segundo entendemos, não seria viável exigir uma relação de conformidade entre os atos da Administração Pública e a lei, uma vez que, reafirmando-se o anteriormente exposto, em razão da alta complexidade das relações sociais atualmente existentes, não é possível que haja previsão legal de todas as condutas possíveis da Administração Pública. Sempre haverá, nesta hipótese, casos em que será necessária a atuação da Administração Pública, muitas vezes diretamente em atendimento a um comando constitucional, e que não haverá previsão legal, em razão da impossibilidade de o legislador incluir em lei todas as hipóteses de ocorrência no mundo fático que encontram reflexos no Direito Administrativo.

A atuação da Administração Pública atualmente não pode ser restrita à mera execução das normas jurídicas aplicáveis. É necessário mais. A Administração Pública deve ter certa margem de liberdade de atuação de forma a atender as demandas sociais subjacentes, cada vez mais incrementadas em razão da maior complexidade da sociedade hodierna.

Nesse sentido e considerando-se a noção de legalidade alargada apresentada no tópico precedente, insta mencionar o seguinte entendimento do mestre italiano Sabino Cassese:

⁸ Cf. SESIN, Domingo J. *Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica; Nuevos Mecanismos de Control Judicial*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004. p. 21 et seq.

depreende-se que a Administração Pública está longe de ser mera executora de leis. Essa deve procurar valorar a norma a ser aplicada e respeitar os princípios de formação jurisprudencial. Por isso, mais que o princípio da legalidade, a administração deve respeitar o direito que está junto a ela.⁹

De outro turno, não vemos de forma plenamente adequada a imposição de mero dever de compatibilidade da atuação da Administração Pública à lei, sob pena de se aumentar consideravelmente a fluidez do dever de legalidade. Segundo entendemos, a vinculação negativa não pode ser aplicável integralmente à Administração Pública.

A atuação da Administração Pública demanda, ao menos, uma autorização legislativa para atuar no caso concreto, sendo certo que tal autorização não precisa descer aos pormenores de definir integralmente o conteúdo do ato da Administração Pública. Via de regra, tal autorização deverá ser expressa, mas poderá haver hipóteses nas quais tal autorização seja implícita, decorrente diretamente de norma constitucional que imponha um dever de atuação à Administração Pública.¹⁰

Não seria, segundo nossa concepção, a atuação da Administração Pública equiparada à atuação dos particulares em razão da necessidade de prévia autorização legislativa para a atuação administrativa. A conformidade seria dispensada na medida em que é necessária a existência de certa margem de liberdade à Administração Pública para a satisfação do interesse público subjacente.¹¹ Contudo, a atuação da Administração Pública é condicionada à existência de prévia autorização, que não precisará, obviamente, estabelecer qual o específico conteúdo do ato,¹² tampouco ser expressa.

⁹ CASSESSE, Sabino. *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. 1, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. 2ª ed. Milano: Giuffrè, 2006. p. 10.

¹⁰ Tome-se como exemplo o caso da prestação dos serviços públicos. O artigo 175 da Constituição Federal expressamente determina incumbir ao Poder Público a prestação dos serviços públicos. Obviamente, não é necessária uma lei que autorize a atuação da Administração Pública para a prestação dos serviços públicos, uma vez que tal autorização é expressamente prevista na Constituição Federal.

¹¹ É fundamental ressaltar que a menção aqui feita ao interesse público não parte do pressuposto de um interesse público uno e indivisível que possa ser previsto abstratamente em lei, mas sim de um interesse público oriundo de um processo de ponderação e sopesamento, auferido pela Administração Pública de acordo com o caso concreto.

¹² Como muito bem afirma José Manuel Sérvulo Correia, "a habilitação para a produção do acto administrativo implica sempre tipificação mínima do seu conteúdo. Por abstracta que seja, não passa, afinal, do último grau de uma 'relativização' da reserva de lei, que admite que à lei sigam outros preceitos apenas parcialmente predeterminados, isto é, outros preceitos cujos pressupostos e conteúdo não hajam sido integralmente caracterizados pela lei". *In Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 311.

Ao contrário dos particulares, a Administração Pública não tem vontade própria. Somente é lícito à Administração Pública atuar na medida em que necessário para o atendimento de sua finalidade precípua, qual seja, atender ao interesse público.¹³ Portanto, entendemos ser fundamental uma prévia autorização, ainda que implícita e decorrente diretamente da Constituição, para que seja lícita a atuação da Administração Pública.

Adicionalmente, é imperioso mencionar que a concepção alargada da legalidade, tal como aqui defendida, impede a noção de Administração Pública como mera executora das leis, em um caso de exigência de conformidade. Isto ocorre, pois, considerando-se a Administração Pública vinculada a todo o Ordenamento Jurídico (e, sobretudo, vinculada diretamente à Constituição), poderá haver hipóteses nas quais a Administração Pública tenha que atuar de forma contrária à lei para atender ao interesse público.

É o que afirma, neste sentido, como muita propriedade, Gustavo Binbenojm:

A idéia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade secundum legem), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade praeter legem), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade contra legem, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).¹⁴

Em vista do exposto, entendemos que a relação de legalidade não pode compreender uma necessidade de conformidade dos atos da Administração Pública com a lei, que limite a Administração Pública a mera executora das leis, exigindo a absoluta subsunção do conteúdo do ato com a autorização legislativa que houver autorizado sua expedição. Da mesma forma, entendemos

¹³ Cf. ZANOBINI, Guido. *L'Attività Amministrativa e la Legge*. In: SCRITTI Vari di Diritto Pubblici. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955. p. 203 et seq.

¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 38. No mesmo sentido, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 97-98.

que não é cabível a noção absoluta da exigência de compatibilidade (vinculação negativa), uma vez que entendemos ser sempre necessária uma autorização constante do Ordenamento Jurídico que permita à Administração Pública atuar no caso concreto. Entendemos que, havendo autorização para a atuação da Administração Pública (ainda que implícita nos comandos constitucionais aplicáveis), deverá atuar a Administração Pública de forma consentânea com o Direito aplicável, sem o contrariar de forma alguma.

IV Relação de legalidade e discricionariedade administrativa

Muito embora não seja o escopo principal do tema deste trabalho, entendemos ser auspiciosa a menção, ainda que perfunctória, das conseqüências da concepção de legalidade aqui apresentada sobre a questão da discricionariedade administrativa, em razão da inegável relação existente entre o Princípio da Legalidade e a discricionariedade administrativa.

Discricionariedade administrativa pode ser considerada a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador público para que este, diante do caso concreto específico, escolha uma entre mais de uma solução possível, para o atendimento à finalidade da norma.¹⁵

Há tempos vige a noção de que discricionariedade não significa ampla liberdade de escolha do administrador público, mas sim uma obrigação de que seja tomada a decisão que melhor se apresente para o alcance da finalidade da norma em aplicação, em razão da impossibilidade de o legislador prever, *in abstracto*, a solução cabível para cada uma das situações possíveis de ocorrer no mundo fático.¹⁶

No cenário de concepção da legalidade ampliada, ou seja, de vinculação à juridicidade, tem-se a Administração Pública vinculada não apenas a uma

¹⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello define discricionariedade administrativa como: "a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força de fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente". In *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 48.

¹⁶ Sobre o assunto é interessante mencionar o §40 da Lei de Processos Administrativos alemã (VwVfG), que dispõe (*in verbis*): "caso a autoridade tenha poderes para exercer sua discricionariedade, é ela obrigada a empregar esta discricionariedade para a finalidade da competência outorgada e a respeitar os limites da discricionariedade previstos em lei". Ao comentar este dispositivo, afirma Hartmut Maurer: "A discricionariedade não confere liberdade ou qualquer vontade à Administração. Não há 'discricionariedade livre' (...), mas apenas uma discricionariedade de dever, ou melhor: uma discricionariedade vinculada pelo Direito. Isto é previsto claramente no §40 da lei de processos

norma específica, mas sim a todas as normas que compõem o Ordenamento Jurídico. Nesta toada, verifica-se que, mesmo nos casos nos quais o legislador haja conferido certa margem de liberdade ao administrador público para que este opte por uma entre mais de uma solução possível, não se está a falar de ampla discricionariedade, pois haverá considerável parcela de vinculação a todas as demais normas integrantes do Ordenamento Jurídico.

A concepção alargada de legalidade e a exigência de vinculação à juridicidade chegam a trazer à baila o próprio questionamento do cabimento de se falar em discricionariedade administrativa, uma vez que mesmo as hipóteses de decisão discricionária seriam vinculadas. Haveria apenas diferentes graus de vinculação, algumas mais intensas, nas quais a lei determina qual é a conduta administrativa cabível, e outras menos intensas, nas quais a vinculação advém do Ordenamento Jurídico considerado como um todo e não de uma norma jurídica específica.

Sobre o tema, mais uma vez vale trazer à colação as seguintes considerações de Gustavo Binbenbojm:

A emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial de seus atos.¹⁷

Ao lume das considerações brevemente expostas neste tópico é lícito manifestarmos pelo entendimento de que a concepção ampla de legalidade tem como conseqüência a limitação da discricionariedade administrativa, uma vez que, em maior ou menor grau, todos os atos administrativos serão

administrativos e nos respectivos regulamentos: a autoridade tem que (= é obrigada) a empregar esta discricionariedade para a finalidade da competência outorgada e a respeitar os limites da discricionariedade previstos em lei". Se a autoridade não se ativer a esta vinculação ao Direito, tratar-se-á de discricionariedade errônea e, portanto, ilegal. Os tribunais administrativos podem aferir a observação desta vinculação jurídica da discricionariedade". In *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 14. Aufl., Munique: C.H. Beck, 2003. p. 136 (tradução nossa).

¹⁷ *Id.*, p. 39 (grifos do autor).

vinculados ao Direito, com todas as suas normas e preceitos. O termo discricionariedade administrativa passa, a nosso ver, a ser forma de designação de atos expedidos sob a égide de normas que não impõem à Administração Pública uma única conduta possível, mas não pode designar atos que não encontrem vinculação, eis que todos os atos administrativos são vinculados ao Direito.

V Controle jurisdicional dos atos administrativos

Finalmente, parece-nos interessante mencionar, também, que a concepção ampla de legalidade e a existência de dever de compatibilidade entre os atos administrativos e a lei têm reflexos no controle jurisdicional da Administração Pública, contemplado no Direito pátrio no inciso XXXV do artigo 5º de nossa Constituição.

A partir do momento em que se concebe a legalidade de forma ampla, não restrita apenas à lei, mas sim a todas as normas que compõem o Ordenamento Jurídico, confere-se ao Poder Judiciário maior espectro de aferição da legalidade da atuação da Administração Pública. Esse aumento do escopo da aferição do Poder Judiciário faz-se fundamental na medida em que se admite a vinculação negativa¹⁸ da Administração Pública (compatibilidade do ato com a lei).

Para que se possa verificar se a atuação da Administração Pública é compatível com a lei, não se pode ter o escopo restrito a uma determina lei formal em específico, sobretudo em função da noção alargada de legalidade que fora já descrita. É fundamental que tal verificação seja realizada em vista de todas as normas aplicáveis à Administração Pública, incluindo as normas por ela mesma editadas e os princípios jurídicos (tanto os princípios positivados na Constituição Federal e demais normas jurídicas quanto os princípios consagrados pela jurisprudência e pela doutrina). Apenas desta forma entendemos ser possível o efetivo controle da Administração Pública.

Destarte, o controle jurisdicional da Administração Pública passa a ser influenciado pela hodierna concepção de legalidade na medida em que passa a ser obrigatório ao Judiciário expandir o elemento balizador de seu controle para além da lei formal, nele incluindo as demais normas que integram o

¹⁸ É importante repisar que nossa concepção da aceitabilidade da vinculação negativa depende da existência (ainda que implícita) de autorização de atuação à Administração Pública.

Ordenamento Jurídico, o que acaba até sendo objeto de crítica por alguns juristas que consideram que tal expediente do controle jurisdicional importaria em um "estado dos juízes", no qual o Judiciário seria o efetivo governante.¹⁹

Em consonância com este entendimento, é imperioso transcrever o seguinte entendimento da Professora Odete Medauar:

Hoje nem o agente administrativo na sua atividade nem o magistrado, nas ações atinentes ao controle jurisdicional, podem deixar de lado os princípios norteadores do Direito Administrativo e da Administração, incidindo estes, por certo, em âmbito outrora apontado como integrante da esfera discricionária.²⁰

Desta forma, entendemos ser necessário, em decorrência da concepção ampla da legalidade, bem como da existência de vinculação negativa da Administração Pública à lei, considerar que o controle jurisdicional da Administração Pública deve levar em consideração não apenas a lei formal, mas também todas as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, a fim de garantir a legalidade da atuação administrativa.

VI Conclusão

Ao lume do exposto nos tópicos precedentes, entendemos ser lícito, em síntese, concluir o quanto segue:

- (i) a atual configuração do Princípio da Legalidade deve ser compreendida como uma referência à juridicidade, na qual a legalidade não se refere à lei formal apenas, mas sim a todo um bloco de legalidade, encabeçado pela Constituição;
- (ii) no âmbito do alargamento da noção de legalidade, há uma inegável constitucionalização do Direito Administrativo, que tem como consequência imediata a vinculação da Administração Pública diretamente à Constituição;
- (iii) em vista do Princípio da Legalidade, pode-se cogitar da necessidade de (a) conformidade dos atos administrativos à lei, que impõe à Administração Pública o dever de estrita conformidade com as disposições

¹⁹ Sobre o tema: OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 957-965.

²⁰ MEDAUAR, Odete. Parâmetros do controle da discricionariedade. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 84.

- legais aplicáveis ou (b) simples compatibilidade entre os atos administrativos com lei (vinculação negativa);
- (iv) a conformidade não seria, a nosso ver, adequada, pois não seria possível que houvesse previsão legal de todas as situações jurídicas que demandam a atuação da Administração Pública, bem como do conteúdo dos atos administrativos a serem exarados em cada uma de tais situações;
- (v) entendemos, portanto, ser mais adequada uma exigência de compatibilidade entre o ato administrativo e a lei, sendo certo que será sempre necessária uma autorização legal para a atuação da Administração Pública, ainda que tal autorização seja implícita decorrente diretamente de comandos constitucionais;
- (vi) a noção ampliada de legalidade põe em jogo o conceito de discricionariedade administrativa, uma vez que sempre os atos administrativos serão vinculados ao Direito, sendo mais correto falar em maior ou menor grau de vinculação dos atos administrativos; e
- (vii) a adoção da legalidade ampla (ou da juridicidade) deve ter aplicabilidade também como elemento balizador do controle jurisdicional, de forma a possibilitar a melhor aferição da compatibilidade da atuação da Administração Pública com o ordenamento jurídico e não apenas com a lei formal.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA EMENTÁRIO

ATO ADMINISTRATIVO

8186 - Administrativo. Processo Civil. Agravo de Instrumento. Ação anulatória de ato administrativo. Tutela antecipatória. Requisitos legais. Processo administrativo disciplinar. Aplicabilidade da penalidade de demissão (ex vi do art. 132, inc. XIII, da Lei nº 8.112/1990) a servidor público. Ato sujeito ao controle judicial. Ofensa ao devido processo legal. Não configuração.

- Ação ordinária intentada com o fito de anular ato administrativo que determinou a demissão do servidor público agravante pela prática de conduta inserta nos incisos IX e XII, do art. 117 da Lei nº 8.112/90, bem como nas disposições no art. 9º da Lei nº 8.429/92, com aplicação da penalidade de demissão, em observância das prescrições dos incisos IV, XI e XIII do art. 132 da Lei 8.112/90.

- O controle judicial a que estão submetidos os atos administrativos em geral e, em particular, o ato que implicou na pena de demissão do servidor agravante, deve restringir-se à análise da legalidade - e, por óbvio, dentro dos limites do pedido antecipatório - de que se revestiu a imposição da penalidade disciplinar.

- Elementos constantes dos autos que comprovariam a ciência do servidor indiciado de todos os atos havidos no processo administrativo disciplinar, de modo a afastar a alegação de ofensa ao devido processo legal e ao exercício da ampla defesa.

- Os fatos apurados pela Comissão Processante estão fartamente amparados pelas provas testemunhais e documentais existentes nos autos, que apontariam para prática das condutas ilícitas descritas nos artigos 117, incisos IX e XII, da Lei nº 8.112/90 c/c art. 9º da Lei 8.429/92, sendo, ainda, de ressaltar-se a análise ponto a ponto dos termos da defesa escrita do indiciado.

- Ausência, portanto, de prova inequívoca do direito alegado a ensejar a concessão da tutela antecipatória.

- Agravo de instrumento improvido. (TRF - 5ª Região, Agravo de Instrumento nº 81644/RN (2007.05.00.067305-2), 4ª Turma, Rel. Des. Federal Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, DJU 08.02.2008)

8187 - Administrativo. Anulação de ato de demissão de servidor público. Punição excessiva. Afronta aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

I. Não significa invasão no âmbito discricionário do mérito do ato administrativo, a análise, pelo Poder Judiciário, dos aspectos referentes aos princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade de decisão administrativa que pune o servidor público com a perda de seu cargo.

II. É dever do magistrado proceder a uma acurada análise do caso concreto, com o fito de verificar se o administrador público, ao concluir processo administrativo