

MARÇAL JUSTEN FILHO

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

11.^a edição
revista, atualizada e ampliada



2635

THOMSON REUTERS

REVISTA DOS
TRIBUNAIS™

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

11.ª edição revista, atualizada e ampliada

MARÇAL JUSTEN FILHO

Saraiva: 1.ª edição: 2005 – 2.ª edição: 2006 – 3.ª edição: 2008 – 4.ª edição: 2009 – 5.ª edição: 2010
– Editora Fórum: 6.ª edição: 2010 – 7.ª edição: 2011 – 8.ª edição: 2012
Ed. RT: 9.ª edição: 2013 – 10.ª edição: 2014.



© desta edição [2015]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

MARISA HARMS
Diretora responsável

Visite nosso *site*
www.rt.com.br

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)
Tel. 0800.702.2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613.8400 – Fax 11 3613.8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal) com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil [02-2015]

Universitário (texto)

Fechamento desta edição: [29.01.2015]



EDITORA AFILIADA
ISBN 978-85-203-5965-5

Os princípios do direito administrativo

4.1 Os princípios constitucionais do direito administrativo

A estruturação do direito administrativo é produzida pela Constituição, a qual delinea os princípios fundamentais, indica as situações em que será indispensável a existência de regras e fornece as diretivas de desenvolvimento do sistema normativo. Ainda que o conteúdo concreto do regime administrativo somente possa ser conhecido mediante as regras efetivamente adotadas, pode-se afirmar que sua identidade é determinada pela Constituição. Talvez se pudesse aludir a uma espécie de *código genético* do direito administrativo, imposto pela Constituição.

4.2 A importância dos princípios no direito administrativo

Os princípios apresentam enorme relevância no âmbito do direito administrativo. A atividade administrativa traduz o exercício de poderes-deveres, o que significa a vinculação quanto ao fim a ser atingido. Em inúmeras oportunidades, a conduta a ser adotada dependerá das circunstâncias, o que não equivalerá a consagrar a liberdade para o agente escolher como bem entender. Nessas situações, pode haver alguma autonomia de escolha quanto ao meio a adotar, e os princípios serão o instrumento normativo apropriado para evitar escolhas inadequadas. Serão inválidas todas as decisões incompatíveis com os fins a serem promovidos e com os valores protegidos pela ordem jurídica.

Pode-se dizer, então, que os princípios desempenham função normativa relevante no tocante ao regime de direito administrativo. Com algum exagero, poder-se-ia afirmar que os princípios possuem influência mais significativa no direito

administrativo do que no direito privado.¹ Assim se passa porque a autoridade pública é investida de poderes que não existem no relacionamento entre particulares. O controle sobre o exercício desses poderes faz-se não apenas mediante regras, mas também por via dos princípios.

4.3 A relativa indeterminação dos princípios constitucionais

A natureza principiológica prepondera no âmbito da Constituição. Daí segue uma inafastável indeterminação no processo de aplicação e concretização das normas constitucionais. A solução infraconstitucional pressupõe uma atividade de ponderação, que é realizada em face do caso concreto e das circunstâncias do mundo real.

A decorrência é a impossibilidade de determinar com precisão, no nível constitucional, o conteúdo das normas infraconstitucionais e das decisões concretas que serão produzidas.

4.3.1 A crítica de CARLOS ARI SUNDFELD

Carlos Ari Sundfeld critica a invocação indiscriminada dos princípios para solucionar conflitos.² Segundo o autor, a invocação ao princípio costuma ocultar um voluntarismo pessoal, senão a violação às normas. Essa crítica não pode ser ignorada. O princípio jurídico não fornece a solução para a controvérsia do caso concreto. Os princípios exteriorizam valores essenciais e devem necessariamente influenciar a decisão. Somente em hipóteses muito extremas é cabível produzir uma decisão fundada exclusivamente em princípios.

É imperioso tomar consciência de que a indeterminação dos princípios constitucionais cria o risco de atividade defeituosa, em que o aplicador invoca um princípio para justificar uma decisão dotada de subjetivismo e arbitrariedade. O caso mais evidente envolve o dito princípio da supremacia do interesse público.

Enfim, nenhuma decisão concreta é válida se fundada na simples invocação de um princípio isolado, abstratamente considerado. O princípio, abstratamente considerado, não é apto a produzir efeitos para decidir uma questão concreta.

1. A não ser que se considere a aplicação do “princípio da autonomia da vontade” para o direito privado. Nesse caso, seria possível afirmar que a quase totalidade das decisões dos sujeitos privados estaria sujeita a um princípio – o qual consiste, em essência, na legitimação de sua liberdade de escolha. É evidente, de todo modo, a diferença das situações.
2. Em crítica acerba, Sundfeld afirma que “Esses princípios têm a mesma circulação e o mesmo valor dos provérbios: sabedoria popular, singela, sedutora, transmitida por tradição, difícil de contestar. Têm, também todos os inconvenientes dos provérbios: superficiais, conservadores, desatualizados, distorcem as coisas etc.” (*Direito Administrativo para Céticos*. 2. ed., p. 184).

É necessário examinar a situação do mundo real, considerar *todos* os princípios aplicáveis e tomar em vista as regras constitucionais e infraconstitucionais. A decisão somente será válida quando refletir esse processo de ponderação abrangente de todas as circunstâncias. É imperioso assinalar que os princípios não propiciam uma única decisão possível. A decisão somente será válida quando aplicar *na maior extensão possível* todos os princípios envolvidos.

Por outro lado, o aplicador do direito não dispõe de autonomia para atribuir arbitrariamente o conteúdo que bem entender ao princípio. Cada princípio tem um conteúdo mínimo que se superpõe à vontade do intérprete e do aplicador.

A Constituição consagra os princípios e as regras reputadas como fundamentais, que deverão ser respeitadas pelas instituições estatais e não estatais, ao longo das atividades de produção, aplicação e interpretação do direito. Jorge Reis Novais afirma que “(...) as proibições ou imposições decididas pelo legislador constituinte como resultado de juízos próprios de ponderação de bens são para levar a sério; por mais que tais resultados lhes desagradem ou pareçam absurdos, não podem, em consequência, legislador ordinário, Administração e poder judicial ignorá-los ou substituí-los pelas suas próprias valorações”.³

4.4 Ainda a conjugação entre princípios e regras

Justamente por isso, a Constituição Federal consagra, em muitas oportunidades, não apenas o princípio, mas também regras destinadas a dar conteúdo mais determinado à disciplina constitucional. Assim se passa, por exemplo, com o princípio da isonomia. A Constituição consagra o princípio de que todos devem ser tratados igualmente (art. 5º, *caput* e inc. I). Mas a Constituição também prevê uma regra no sentido de que “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (...) III – criar distinções entre brasileiros...” (art. 19, inc. III).

A conjugação entre um princípio e uma regra conduz à redução da autonomia do operador infraconstitucional, o qual tem de se submeter à solução constitucional predeterminada.

3. NOVAIS. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 375-376. Mais adiante, o autor reitera que “muitas das normas constitucionais de direitos fundamentais são já o resultado de ponderações entre bens e interesses potencialmente conflitantes efectuadas pelo legislador constitucional e a que ele pretendeu conferir uma natureza fechada e absoluta” (p. 577).

4.5 Os princípios gerais e aqueles referidos no art. 37

A atividade administrativa do Estado se subordina genericamente aos princípios consagrados na Constituição, tal como a República e a isonomia. Ao longo da obra, há alusão direta ou indireta a eles.

Mas o *caput* do art. 37 da CF/1988 refere-se a cinco princípios específicos, norteadores da atividade da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A legalidade apresenta uma relevância muito ampla no tocante à atividade administrativa e merecerá um aprofundamento mais intenso adiante. Cabe examinar os demais.

4.6 A impessoalidade

A impessoalidade é uma faceta da isonomia, tomando em vista especificamente a aplicação da lei pelo Estado. Todos são iguais perante o Estado, o que não impede discriminações contempladas na norma constitucional ou legal. Onde a norma legal não discriminou, é vedado introduzir inovações diferenciadoras.

A impessoalidade não afasta a exigência de tratamento igualitário para os iguais e não igualitário para os desiguais. Mas cabe essencialmente às normas legais consagrar as discriminações. O conteúdo essencial do princípio reside em impedir que algum sujeito receba tratamento mais vantajoso ou prejudicial do que o reservado para o conjunto da população. Ninguém pode ser dispensado de encargo ou receber vantagens em virtude de haver conquistado a simpatia ou ser destinatário da antipatia do agente estatal.

Como dito, a impessoalidade não afasta o cabimento, em situações excepcionais, do tratamento diferenciado. Assim se passará inclusive quando a exigência de discriminação for extraível diretamente da Constituição. Isso significa, essencialmente, a reserva de tratamento mais favorável para os sujeitos destituídos de poder ou que se encontram em situação vulnerável. Um exemplo reside no art. 5.º, inc. LXXIV, que assegura prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Jurisprudência do STF

“Ação direta de inconstitucionalidade. ‘Brasília Music Festival’. Lei Distrital n. 3.189/03. 2. Previsão de encargos orçamentários às secretarias de Estado de Cultura e de Segurança Pública. Projeto de lei encaminhado por parlamentar. Vício de iniciativa. Violação aos arts. 61, § 1.º, II, ‘b’, e 165, III, da Constituição Federal. 3. Lei de roupagem supostamente genérica. Circunstâncias fático-jurídicas que permitem seja identificado um único favorecido. Violação à moralidade e à impessoalidade administrativas. Precedente. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente

para reconhecer a inconstitucionalidade da Lei Distrital n. 3.189/03” (ADI 4.180, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11.09.2014, DJe 07.10.2014).

4.7 A moralidade

A moralidade consiste na exigência de compatibilidade da atividade administrativa com os valores éticos genericamente considerados. A moralidade reside no respeito à identidade, à autonomia e aos interesses dos terceiros. O princípio da moralidade interdita a obtenção de vantagens não respaldadas pela boa-fé. Exclui a legitimidade de condutas fundadas em subterfúgios, no aproveitamento da ausência de conhecimento ou de condições de defesa do próximo.

O princípio da moralidade exige que a atividade administrativa seja desenvolvida de modo leal e que assegure a toda a comunidade a obtenção de vantagens justas. Exclui a aplicação do provérbio de que o fim justifica os meios. Nem mesmo a invocação do bem comum ou do interesse público abstrato legitima a expropriação ardilosa de bens ou a destruição de interesses de um particular.

A moralidade apresenta diversas facetas. Uma delas é a econômica. Não é válido desenvolver a atividade administrativa de modo a propiciar vantagens excessivas ou abusivas para os cofres públicos ou para os cofres privados.

4.8 A publicidade

O princípio da publicidade exige que os atos estatais sejam levados ao conhecimento de todos, ressalvadas hipóteses em que se justificar o sigilo.

A publicidade desempenha duas funções complementares. Por um lado, assegura a todos o poder de obter informações relativamente às ações e omissões praticadas por agentes estatais e mesmo não estatais, quando na gestão de recursos públicos.⁴ Por outro lado, a garantia do conhecimento por quaisquer terceiros é um fator de desincentivo à prática de atos reprováveis, eis que eleva a possibilidade de que as práticas reprováveis sejam reveladas.

A garantia da publicidade envolve, por um lado, a divulgação de informações de um modo impessoal e generalizado, para conhecimento público.

4. O art. 2.º da Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) tem a seguinte redação: “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres”. E o parágrafo único do dispositivo estabelece: “A publicidade a que estão submetidas as entidades citadas no *caput* refere-se à parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação, sem prejuízo das prestações de contas a que estejam legalmente obrigadas”.

A Lei 12.527/2011 regula a garantia constitucional de informações consagrada nos arts. 5.º, XXXIII; 37, § 3.º, II; e 216, § 2.º, da CF/1988. Essa lei foi regulamentada, no âmbito da União, pelo Dec. Federal 7.724/2012. No entanto e independentemente da incidência do regime desse diploma, a publicidade se aplica genericamente a todas as atividades estatais.

Jurisprudência do STF

“*Administração Pública – Publicidade.* A transparência decorre do princípio da publicidade. *Tribunal de Contas – Fiscalização – Documentos.* Descabe negar ao Tribunal de Contas o acesso a documentos relativos à Administração Pública e ações implementadas, não prevalecendo a óptica de tratar-se de matérias relevantes cuja divulgação possa importar em danos para o Estado. Inconstitucionalidade de preceito da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará que implica óbice ao acesso” (ADI 2.361, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 24.09.2014, DJe 22.10.2014).

“1. Caso em que a situação específica dos servidores públicos é regida pela 1.ª parte do inc. XXXIII do art. 5.º da CF/1988. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, à divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inc. XXXIII do art. 5.º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade. 2. Não cabe, no caso, falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo ‘nessa qualidade’ (§ 6.º do art. 37). (...). 3. A prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicaneamente administrado. O ‘como’ se administra a coisa pública a preponderar sobre o ‘quem’ administra – falaria Norberto Bobbio –, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana. 4. A negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública. 5. Agravos Regimentais desprovidos” (SS 3.902 AgR-segundo, Pleno, rel. Min. Ayres Britto, j. 09.06.2011, DJe 30.09.2011).

4.9 A eficiência (eficácia) administrativa

Um dos temas mais controvertidos no âmbito da Economia é a eficiência. Em termos simplistas, a eficiência pode ser considerada como a utilização mais produ-

tiva de recursos econômicos, de modo a produzir os melhores resultados.⁵ Veda-se o desperdício ou a má utilização dos recursos destinados à satisfação de necessidades coletivas. É necessário obter o máximo de resultados com a menor quantidade possível de desembolsos.

Assim o impõe a concepção republicana de organização do poder político, que estabelece que todas as competências estatais têm de ser exercitadas do modo mais satisfatório possível. Portanto, o próprio princípio da República já impõe o dever de utilização eficiente dos recursos públicos.

Mas quando se afirma que a atividade estatal é norteadada pela eficiência, não se impõe a subordinação da atividade administrativa à pura e exclusiva racionalidade econômica. Eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica. Numa empresa privada, busca-se a maior eficiência econômica. A autonomia permite organizar os fatores da produção segundo as finalidades perseguidas egoisticamente pelo empresário – o que autoriza, inclusive, a privilegiar a busca do lucro. Ao contrário, a atividade estatal deverá traduzir valores de diversa ordem, e não apenas aqueles de cunho econômico. Por isso, parte da doutrina tem preferido a expressão “princípio da eficácia administrativa”.

O princípio da eficácia impõe como primeiro dever à Administração evitar o desperdício e a falha. Nesse sentido, Schmidt-Assmann assinala que “o direito administrativo há de satisfazer uma dupla finalidade: a ordenação, disciplina e limitação do poder, ao mesmo tempo que a *eficácia* e efetividade da ação administrativa. Isso obriga, entre outras consequências, não apenas a utilizar o cânone da proibição do excesso (princípio da proporcionalidade), senão também o da proibição do defeito”.⁶

Por exemplo, as contratações administrativas devem refletir a utilização mais satisfatória dos recursos públicos, fundamento da obrigatoriedade da licitação prévia. Mas a Administração Pública também está vinculada a promover a dignidade das pessoas portadoras de necessidades especiais. A Lei 8.666/1993 autoriza que a Administração valha-se de contratações administrativas para cumprir essa função. Assim, as associações de portadores dessas necessidades diferenciadas podem ser contratadas sem licitação para prestar serviços de que a Administração necessitar (art. 24, XX). Nesse caso, são realizadas concomitantemente duas finalidades buscadas pela Administração: obter determinada prestação e propiciar, por meio do trabalho, a promoção da dignidade individual dos portadores de necessidades especiais.

5. Sobre as diversas acepções da expressão, cf. MORAES. Princípio da eficiência e controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 243, p. 22-26, set./dez. 2006; ARAGÃO. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. *Interesse Público - IP*, n. 57, p. 11-30, set.-out./2009; e GABARDO. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*.

6. SCHMIDT-ASSMANN. *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, p. 26.

Essa solução não é necessariamente a mais eficiente sob o exclusivo prisma econômico. Afinal, o valor da contratação poderá superar aquele que a Administração obteria no mercado. Essa medida, embora incompatível com a eficiência econômica, satisfaz a eficácia da atividade administrativa.

Portanto, a ordem jurídica veda o desperdício econômico porque a otimização do uso dos recursos permite a realização mais rápida e mais ampla dos encargos estatais. Mas, quando houver incompatibilidade entre a eficiência econômica e certos valores fundamentais, deverá adotar-se a solução que preserve ao máximo todos os valores em conflito, mesmo que tal implique a redução da eficiência econômica.

Enfim, a eficácia administrativa determina que os fins buscados pela Administração devem ser realizados segundo o menor custo econômico possível, o que não é sinônimo da obtenção do maior lucro.

4.10 A legalidade e a sua relevância no direito administrativo

A atividade administrativa é um conjunto de ações dirigidas a conformar a autonomia dos particulares e a promover a satisfação dos direitos fundamentais que se desenvolve sob a égide da legalidade. Numa democracia republicana, a atividade administrativa não pode ser compreendida senão como atuação infralegal.

4.10.1 As diversas fontes normativas

Há diversos instrumentos previstos para produzir normas jurídicas. Costuma-se aludir a fontes formais do direito para indicar essas figuras. Tradicionalmente, alude-se à lei, ao regulamento, à sentença e ao contrato.⁷

Na concepção clássica, afirmava-se que a lei era uma manifestação do Poder Legislativo e veiculava normas gerais e abstratas. O regulamento era um instrumento utilizado pelo Poder Executivo, prevendo normas destinadas à execução das normas legais. A sentença era produzida pelo Poder Judiciário e aplicava o direito ao caso concreto. E o contrato era um acordo de vontade entre particulares, que previa normas vinculantes para as partes.

A evolução jurídica alterou os pressupostos do raciocínio que orientava as afirmações acima.⁸ As distinções deixaram de ser tão exatas. Cada uma das categorias teve sua função alterada, o que tornou difícil reconhecer diferenças de conteúdo.

7. Não se inclui o costume nessa classificação em virtude da ausência de concentração do poder de produzir normas numa pessoa ou órgãos específicos ou determinados.

8. O tema é amplamente tratado pela doutrina. Cf., por todos, CLÈVE. *Atividade legislativa do Poder Executivo*, 2. ed., p. 51 et seq.

É muito comum a lei ser dotada de efeitos concretos e restritos a situações ou pessoas determinadas. Desenvolveram-se instrumentos de ampliação da competência normativa do Poder Executivo. Basta lembrar a figura da medida provisória. Ainda que haja a necessidade de sua conversão em lei, existe uma competência normativa muito relevante a cargo do Poder Executivo.

Outra faceta da questão se relaciona com os regulamentos produzidos pelo Poder Executivo. Por um lado, vai-se reconhecendo que os regulamentos podem veicular normas jurídicas vinculadas diretamente à Constituição. Sob outro prisma, reconhece-se competência para que outras autoridades administrativas, distintas do chefe do Poder Executivo, editem normas por via de regulamento.

Quanto ao Poder Judiciário, admite-se que a sentença produza efeitos externos ao litígio submetido à composição jurisdicional. Mais do que isso, tornou-se cabível que a sentença produza efeitos gerais, para atingir um número indeterminado de pessoas. Assim se passa, por exemplo, nos casos de controle de constitucionalidade das leis. Ainda além, a omissão legislativa, quando caracterizadora da infração a preceito fundamental da Constituição, pode ser suprida por provimento jurisdicional – o que significaria produção normativa de amplitude equivalente à da lei.

O instrumento contratual também sofreu alterações e passou a ser utilizado para gerar normas gerais e abstratas. Isso ocorre especialmente no campo do direito do trabalho, em virtude das convenções e acordos coletivos de trabalho.

As variações atingiram, inclusive, a dimensão da hierarquia normativa. A afirmativa de que todas as demais manifestações de competência normativa eram secundárias e acessórias em face da lei perdeu seu cunho de verdade inquestionável. Assim, por exemplo, é controverso que a sentença se limite a reproduzir o conteúdo da lei. O exame da realidade demonstra que a ordem jurídica enriqueceu-se também por meio da função jurisdicional.

Diversos fatores contribuíram para a configuração dessa situação de crise da distinção entre as fontes normativas. Uma explicação reside em que a concepção clássica das fontes normativas relacionava-se à teoria da separação de poderes estatais. A preponderância atribuída à lei em face da sentença e do regulamento refletia a supremacia do Legislativo perante os outros Poderes. A ampliação dos encargos estatais, o desenvolvimento da proposta do Estado-Providência, a assunção de funções empresariais por parte do Estado geraram novos problemas, novas circunstâncias e produziram configuração distinta para a questão política da partilha de Poderes ao interno da órbita estatal.

Por outro lado, a demora na produção da lei e a necessidade de agilidade para resolver problemas ampliaram a atuação do Executivo.

Daí a necessidade de revisão do tema, tomando em vista a disciplina constitucional e as circunstâncias jurídicas concretas.

4.10.2 As acepções da expressão lei

Primeiro, é necessário evitar uma confusão muito comum entre lei e outros conceitos relacionados (tal como o de norma jurídica).

4.10.2.1 A distinção entre lei e norma jurídica

É necessário diferenciar os seguintes conceitos:

- *documento (texto) da lei* – instrumento físico em que se lança o texto legislativo;
- *lei* – ato estatal unilateral, produzido pela atuação isolada ou conjugada de diversos órgãos estatais, orientado a produzir normas jurídicas;
- *norma jurídica* – comando que versa sobre a conduta, resultante de um processo lógico e valorativo desenvolvido a partir do texto das leis.

Norma jurídica não é sinônimo de lei, vocábulo que apresenta diferentes significados. De modo genérico, pode-se dizer que a palavra lei indica um ato jurídico estatal pelo qual se produzem normas jurídicas, por meio da participação popular.

Alguns identificam a lei com o documento físico em que se materializa o resultado do exercício dessa competência, o que é um equívoco. A lei se traduz num documento escrito, mas não é “o” documento escrito. Ainda que não se confunda a lei com o papel em que se imprimem as palavras, é indispensável para existir lei que a atividade social se traduza num documento escrito.

A norma jurídica não é dotada de existência física, material. Ela é vivida, experimentada, mais do que meramente pensada, uma vez que se traduz num conjunto de valorações e de experiências dos membros da sociedade. A determinação normativa é o sentido extraído da lei e conjugado com valorações individuais e coletivas, num processo existencial complexo.

Consideradas essas diferenças, o princípio da legalidade significa a necessidade de existirem normas jurídicas produzidas por meio de lei. O princípio da legalidade significa, na verdade, que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude *da existência de uma norma jurídica produzida por uma lei*.

4.10.2.2 As diversas espécies de leis

O vocábulo lei é utilizado constitucionalmente para indicar diversas espécies de atos estatais, tal como se vê no elenco contido no art. 59 da CF/1988. Rigorosamente, a expressão lei indica um gênero que abrange a Constituição (e suas emendas), as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e, mesmo, as resoluções legislativas.⁹

9. “Finalmente, quanto aos decretos legislativos e resoluções, o processo legislativo para sua elaboração não é disciplinado pela Constituição, mas pelos Regimentos Internos das Casas

4.10.3 O conteúdo do princípio da legalidade

A Constituição reservou a parcela mais significativa da competência normativa para o Poder Legislativo. O art. 5.º, II, da CF/1988 determinou que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. O princípio da legalidade é uma garantia fundamental do cidadão e norteia a atividade administrativa do Estado. Essa garantia traduz-se na participação do povo ou de seus representantes eleitos na produção de normas que introduzam inovação na ordem jurídica.

4.10.3.1 A proposta do princípio da constitucionalidade

Alguns defendem uma interpretação ampliada para o disposto no art. 5.º, II, da CF/1988. Afirmam que o mais correto seria aludir ao *princípio da constitucionalidade*. Portanto, ninguém poderia ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da Constituição. Essa tese funda-se na supremacia da Constituição na ordem jurídica.

A proposta deve ser examinada com cautela porque o princípio da constitucionalidade não substitui o princípio da legalidade. É evidente que toda a atividade administrativa estatal deve ser compatível com a Constituição. Mas a constitucionalidade não é suficiente para assegurar a validade da atuação da Administração Pública.

Mais precisamente, o princípio da legalidade significa a necessidade de uma manifestação de vontade dos órgãos constituídos pela Constituição, representativos da soberania popular.

Não se pode substituir o princípio da legalidade pelo princípio da constitucionalidade porque a atividade administrativa depende, usualmente, da existência de uma lei propriamente dita. A Constituição é o conjunto de normas fundamentais, mas é insuficiente para disciplinar a atividade administrativa. É indispensável à lei (infraconstitucional) que funciona como garantia específica e precisa da existência de normas concretas e determinadas.

4.10.3.2 A compatibilidade com a Constituição

A expressão *princípio da legalidade* deve ser mantida sempre com a advertência de que os direitos e obrigações podem constar da Constituição, a qual modela toda a ordem jurídica.

Legislativas. Não se submetem à sanção ou ao veto. O Decreto Legislativo regula as matérias de competência exclusiva do Congresso Nacional (art. 49) e sua promulgação e publicação são feitas pelo Presidente do Senado Federal. Já a Resolução regula matérias de interesse interno do Congresso ou das Casas Legislativas, e são promulgadas e publicadas pelo Presidente da Casa que a elaborou” GONÇALVES. O processo legislativo na Constituição brasileira de 1988. In: CLÈVE. *Direito constitucional brasileiro*, v. II. (Organização do Estado e dos Poderes), p. 392.

Todas as leis devem ser interpretadas de acordo com a Constituição. Quando se afirma que a validade da atividade administrativa depende de sua compatibilidade com a lei, isso significa que a atividade administrativa é determinada, em última análise, pela própria Constituição. Mas isso não acarreta a desnecessidade da existência de leis infraconstitucionais disciplinadoras da atividade administrativa. É indispensável não só a autorização superior da Constituição, mas também uma manifestação concreta e determinada produzida por meio de lei.

Jurisprudência do STJ

“Com o advento da Constituição da República de 1988 foi ampliado o conceito da legalidade, sob o prisma axiológico. Dentro desse conceito amplo de legalidade, a atividade administrativa deve estar pautada nos princípios gerais de direito e nos princípios constitucionais, sob pena de ser considerada ilegal, por não atender aos fins públicos colimados no Estado Democrático de Direito” (RMS 16.536/PE, 6.ª T., trecho do voto do rel. Min. Celso Limongi, Des. convocado do TJSP, j. 02.02.2010, DJ 22.02.2010).

4.10.4 A legalidade como princípio e como regra

É usual a alusão ao *princípio* da legalidade. Mas os termos em que está redigida a norma do art. 5.º, II, da CF/1988 impõem uma discussão prévia sobre a natureza da legalidade. Trata-se somente de um princípio ou se configura também uma regra?

A referência a *princípio* da legalidade reflete uma concepção hierárquica, que reconhece maior importância ao princípio do que à regra. Seguindo esse enfoque, costuma-se invocar o princípio da legalidade como demonstração da importância reconhecida ao tema pela Constituição.

Mas esse enfoque olvida que a incerteza e a indeterminação são inerentes à natureza de um princípio, o que permite uma relevante margem de autonomia ao seu aplicador. Em termos práticos, afirmar a existência pura e simples de um princípio da legalidade permitiria que o processo de concretização das normas jurídicas conduzisse ao surgimento de direitos e obrigações *não* constantes em lei.

Essa observação não se destina a negar à legalidade a condição de princípio. Existe o princípio da legalidade, consistente na previsão de que os direitos e obrigações serão produzidos concretamente por meio de lei. Mas o art. 5.º, II, da CF/1988 também consagra uma *regra da legalidade*. Trata-se de estabelecer a *vedação* à criação de direitos e obrigações por meio diverso da lei. Em várias outras passagens, a Constituição editou regras que exigem a existência de uma lei para a produção de certo resultado jurídico. Assim, por exemplo, o próprio art. 5.º, XII, da CF/1988 determina que somente a lei pode dispor sobre as hipóteses e a forma de violação ao sigilo da correspondência e das comunicações. Nesses casos em que a Constituição consagra uma regra de legalidade, afasta-se o cabimento de uma ponderação do intérprete

por ocasião da concretização dos valores envolvidos. Caberá ao aplicador promover uma atividade de subsunção, caracterizada pela redução da autonomia de escolhas.

Admitir que o direito brasileiro consagrou tanto o princípio como a regra da legalidade não apresenta maior originalidade. Essa solução traduz uma valoração prévia e exaustiva, realizada em nível constitucional. Destina-se a evitar que a incerteza e a indeterminação inerentes aos princípios produzam resultados reputados como indesejáveis.

Ao longo desta obra, utiliza-se a expressão *princípio da legalidade*, o que representa uma simplificação de pensamento. A legalidade é um princípio constitucional. Mas há passagens na Constituição em que a legalidade é imposta como uma regra.

4.10.5 A legalidade e a disciplina implícita

O princípio da legalidade não significa a exigência de disciplina legal literal e expressa. A disciplina jurídica é produzida pelo *conjunto* das normas jurídicas, o que demanda compreender que, mesmo sem existir dispositivo literal numa lei, o sistema jurídico poderá impor restrição à autonomia privada e obrigatoriedade de atuação administrativa.

Em suma, o princípio da legalidade não significa a exigência de interpretação literal das leis para determinar o que é permitido, proibido ou obrigatório.

4.10.6 A legalidade e a separação de poderes

A Constituição prevê que a lei poderá dispor genericamente sobre todos os temas. Diversamente do que ocorre na França, por exemplo, não há um limite ao campo reservado para a lei. Mas a separação de poderes pode acarretar vedação a que certas matérias sejam disciplinadas por lei.¹⁰ Existem funções reservadas privativamente ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário. O exercício dessas competências faz-se por via diversa da lei.

Portanto, há limites para a disciplina de atividades administrativas por meio de lei. O legislador não pode assumir o desempenho da função administrativa porque isso viola a separação de poderes.

10. Confira-se BINENBOJM, CYRINO. Legalidade e reserva de administração: um estudo de caso no direito urbanístico. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAC*, n. 4, p. 13-25, jan. 2014. O texto fornece um exemplo irrefutável: seria inconstitucional a lei que pretendesse definir a identidade do particular a ser contratado pela Administração. A seleção do particular a ser contratado administrativamente é uma competência privativa da Administração. Aliás, o próprio STF examinou questão dessa ordem e pronunciou a inconstitucionalidade, ainda que sob o fundamento de violação ao princípio da impessoalidade. O julgado se encontra referido nesse próprio Capítulo, a propósito do referido princípio.

Jurisprudência do STF

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 11.288/99 do Estado de Santa Catarina. Estabelecimento de condições e critérios a serem observados para o exercício de cargos de direção da administração indireta do Estado. (...) 1. A Corte já pacificou o entendimento de que não padece de nenhum vício constitucional a previsão de participação do Poder Legislativo na nomeação de dirigentes de autarquias ou fundações públicas. (...) 2. Situação diversa, entretanto, ocorre em relação à intervenção parlamentar no processo de provimento das cargas [sic] de direção das empresas públicas e das sociedades de economia mista da administração indireta dos estados, por serem pessoas jurídicas de direito privado, que, nos termos do art. 173, § 1º, da Constituição Federal, estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, o que obsta a exigência de manifestação prévia do Poder Legislativo estadual. Precedentes. 3. O art. 2º, IV, e o art. 3º da Lei n. 11.288/99 extrapolam o sistema de freios e contrapesos autorizado pela Constituição Federal, pois, além de determinarem o fornecimento de informações protegidas por sigilo fiscal como condição para a aprovação prévia pelo Poder Legislativo dos titulares de determinados cargos, criam mecanismo de fiscalização permanente pela Assembleia Legislativa para após a exoneração dos ocupantes dos referidos cargos. Esses dispositivos instituíram modalidade de controle direto pela Assembleia Legislativa - sem o auxílio do Tribunal de Contas do Estado - que não encontra fundamento de validade em nenhuma norma constitucional, resultando em violação ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º, CF/1988). (...)” (ADI 2.225, Pleno, rel. Min. Dias Toffoli, j. 21.08.2014, DJe 29.10.2014).

“Ação direta de inconstitucionalidade. Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul (AGERGS). Necessidade de prévia aprovação pela Assembleia Legislativa da indicação dos conselheiros. Constitucionalidade. Demissão por atuação exclusiva do Poder Legislativo. Ofensa à separação dos poderes. Vácuo normativo. Necessidade de fixação das hipóteses de perda de mandato. Ação julgada parcialmente procedente” (ADI 1.949, Plenário, rel. Min. Dias Toffoli, j. 17.09.2014, DJe 13.11.2014).

“(...) 4. Ofende a denominada reserva de administração, decorrência do conteúdo nuclear do princípio da Separação de Poderes (art. 2º da CF/1988), a proibição de cobrança de tarifa de assinatura básica no que concerne aos serviços de água e gás, em grande medida submetidos também à incidência de leis federais (art. 22, IV, da CF/1988), mormente quando constante de ato normativo emanado do Poder Legislativo fruto de iniciativa parlamentar, porquanto supressora da margem de apreciação do Chefe do Poder Executivo Distrital na condução da Administração Pública, no que se inclui a formulação da política pública remuneratória do serviço público. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente” (ADI 3.343, Plenário, rel. Min. Ayres Britto, rel. p/acórdão Min. Luiz Fux, j. 01.09.2011, DJe 22.11.2011).

“1. A lei estadual afeta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de obra pública, celebrado pela Administração capixaba, ao conceder descontos e isenções sem qualquer forma de compensação. 2. Afronta evidente ao princípio da harmonia entre os poderes, harmonia e não separação, na medida em que o Poder

Legislativo pretende substituir o Executivo na gestão dos contratos administrativos celebrados” (ADI 2.733, Pleno, rel. Min. Eros Grau, j. 26.10.2005, DJ 03.02.2006).

Jurisprudência do STJ

“A decisão que antecipou os efeitos da tutela incorre no que a lei denomina de ‘flagrante ilegitimidade’, porque o Poder Judiciário não deve, sob o fundamento de atendimento inadequado nos núcleos de abrigamento, intervir na administração do prefeito e da Câmara Municipal, determinando a contratação de servidores em caráter precário e a instauração de concurso público para cargos públicos sem que existam vagas a serem preenchidas” (AgRg na SLS 1.276/RJ, Corte Especial, trecho do voto do rel. Min. Ari Pargendler, j. 28.10.2010, DJe 19.11.2010).

4.10.7 A legalidade e a atividade administrativa

No relacionamento entre os particulares, prevalece a regra de que tudo aquilo que não for obrigatório nem proibido por lei é juridicamente autorizado. No tocante à atividade administrativa, reconhece-se que tudo aquilo que não for autorizado por lei é juridicamente proibido.

4.10.7.1 A distinção entre a esfera privada e a esfera pública

O princípio da liberdade, que norteia a vida privada, conduz à afirmação de que tudo o que não estiver disciplinado pelo direito está abrangido na esfera de autonomia. Portanto, a ausência de disciplina jurídica é interpretada como liberação para o exercício das escolhas subjetivas. Isso se traduz no postulado de que tudo o que não for proibido nem obrigatório por meio de lei será reputado como permitido.

Já o exercício de competências estatais e de poderes excepcionais não se funda em alguma qualidade inerente ao Estado ou a algum atributo do governante. Toda a organização estatal, a atividade administrativa em sua integralidade, a instituição de funções administrativas são produzidas pelo direito. Logo, a ausência de disciplina jurídica tem de ser interpretada como inexistência de poder jurídico. Daí se afirmar que, nas relações de direito público, tudo o que não for autorizado por meio de lei será reputado como proibido.

4.10.7.2 A atividade administrativa facultada e obrigatória

É costumeiro afirmar que, no âmbito publicístico, tudo o que for autorizado por meio de lei será reputado como obrigatório. Essa construção deve ser examinada com cautela. É evidente que o direito cria e atribui poderes para o atingimento de certos fins de interesse coletivo. No entanto, isso não afasta o cabimento de o direito dotar o agente público de margem de autonomia no tocante a decisão a ser adotada.

4.10.7.3 *A disciplina jurídica da atividade administrativa*

É usual o sistema jurídico determinar não o modo como será desenvolvida a atividade administrativa, mas os fins que deverão ser obrigatoriamente realizados.

Nesse caso, o silêncio legislativo quanto aos meios não significa vedação à atividade administrativa. Se o fim *tem*, obrigatoriamente, de ser realizado, é evidente que a omissão quanto à disciplina sobre os meios de sua realização não caracteriza ausência de autorização para a escolha.

Portanto, é necessário identificar a opção normativa adotada para a disciplina de certa situação. Haverá casos em que o direito definirá os *fins* e os *meios* de seu atingimento. Nesses casos, a autonomia da Administração Pública será limitada para escolher o modo de atuar. Existirão situações em que o direito estabelecerá apenas os *fins*, atribuindo à Administração Pública autonomia para escolher os meios. Em algumas situações muito raras, o direito atribuirá à Administração autonomia para escolher um dentre diversos fins, disciplinando ou não os meios necessários para os atingir.

4.10.7.4 *A situação jurídica do particular em face da atividade administrativa*

Quando se afirma que tudo o que não está proibido se reputa como permitido, toma-se em vista o universo das relações privadas. Não se aplica esse postulado quando o particular travar relação com a atividade administrativa. Por exemplo, a edificação em imóvel urbano depende usualmente de uma licença do Município. Se o particular requerer alvará de construção e a Administração Pública silenciar, será descabido reputar que o silêncio estatal equivale à autorização para o particular fazer o que bem entender – ressalvada a hipótese de lei determinar que a omissão administrativa equivale ao deferimento.

Sempre que os direitos ou deveres do particular dependerem¹¹ de atividade administrativa, será aplicável a versão publicística do princípio da legalidade: tudo o que não estiver facultado será reputado como proibido.

4.10.8 *A competência normativa e a competência legislativa*

É necessário diferenciar os conceitos de *competência normativa* e de *competência legislativa*.

A competência normativa é o poder de produzir normas que geram comandos destinados a regular a conduta intersubjetiva. A competência legislativa configura-

11. A hipótese pressupõe, como é evidente, a existência de uma norma jurídica que subordine a atuação do particular a um ato da Administração Pública. Portanto, não se trata da mera ausência de disciplina jurídica, o que conduziria ao reconhecimento da autonomia do particular.

-se como uma espécie de competência normativa, caracterizada como o poder de produzir normas jurídicas de cunho legislativo.

4.10.9 A competência normativa do Poder Executivo

Essas considerações ampliam a extensão da competência do Executivo para produzir normas jurídicas por meio de regulamentos. A Constituição determinou a preponderância da lei, mas admitiu a existência de regulamentos.

4.10.9.1 A veiculação de normas gerais por regulamento administrativo

O regulamento será objeto de exame mais aprofundado, por ocasião do estudo dos atos administrativos. Por ora, basta destacar que regulamento é um ato administrativo destinado a veicular normas gerais e abstratas, disciplinando a atividade futura da Administração Pública e, eventualmente, de particulares.

A classificação tradicional reconhece a existência de duas espécies de regulamentos. Há os regulamentos de execução e os regulamentos autônomos.¹²

Os regulamentos de execução destinam-se a explicitar e desenvolver as normas de uma lei. O fundamento imediato de validade das normas dos regulamentos de execução encontra-se nas normas da lei.

Os regulamentos autônomos são aqueles desvinculados de uma lei, que encontram fundamento de validade diretamente na Constituição. Por meio de um regulamento autônomo, são criados direitos e obrigações sem a prévia existência de lei. A adoção de um regulamento autônomo significa que o Poder Executivo inova a ordem jurídica.

O pensamento jurídico majoritário nega a possibilidade de existência de regulamento autônomo no direito brasileiro, mas o tema continua a despertar dúvidas.

4.10.9.2 A situação no direito brasileiro

A análise da amplitude normativa dos regulamentos pode conduzir a dois extremos igualmente perigosos. O primeiro reside na afirmação da absoluta preponderância da lei, o que conduziria à inutilidade do regulamento. O segundo é o reconhecimento da supremacia do regulamento, do que derivaria a redução da eficácia da separação dos Poderes. É necessária uma posição intermediária, que evite adotar um dos dois extremos.

12. Costuma-se referir à figura do regulamento *contra legem*, expressão que indica uma situação fática infringente da ordem jurídica. A norma regulamentar incompatível com uma norma hierarquicamente superior é inválida.

O problema é a impossibilidade de extrair da Constituição ou dos conceitos de lei, de regulamento ou de norma jurídica uma solução precisa e exata sobre os campos reservados à lei e ao regulamento.

4.10.9.3 *O regime presidencialista*

No Brasil, é usual que o estudo da competência normativa do Poder Executivo seja influenciado pelas lições produzidas na Europa continental. No entanto, esse enfoque ignora que o direito europeu continental reflete as características de regimes parlamentaristas.

Os Estados parlamentaristas reconhecem ao governo competências normativas muito mais intensas do que se passa em Estados presidencialistas. O parlamentarismo propicia uma participação muito relevante do Legislativo na estrutura do Poder Executivo. A produção normativa do Poder Executivo encontra-se sob controle do Poder Legislativo.¹³

O Brasil consagra o regime presidencialista. Não cabe ao Presidente da República produzir normas jurídicas inovadoras, as quais são reservadas ao Poder Legislativo. Por isso, a ampliação do uso do regulamento para produzir normas gerais e abstratas encontra limites muito diversos do que se passa num regime parlamentarista.

4.10.9.4 *A questão da reserva de lei no direito brasileiro*

A separação de poderes consagrada pela Constituição brasileira não adotou solução similar àquela vigente na França, em que certas matérias não podem ser disciplinadas por lei (mas apenas por meio de regulamento). Tal como acima exposto, o direito brasileiro prevê que cabe à lei dispor sobre toda e qualquer matéria, ressalvados os limites constitucionais.

4.10.9.5 *A supremacia da lei*

O exame da Constituição demonstra que a lei (em acepção ampla, abrangendo a Constituição e as espécies legislativas indicadas no art. 59 da CF/1988) prevalece sobre o ato administrativo. O conflito entre as regras legais e as administrativas se resolve pela prevalência das primeiras.

Mais ainda, não há impedimento a que o Legislativo edite lei suficientemente minuciosa e detalhada, de modo a tornar dispensável sua regulamentação.¹⁴ A

13. É necessário reconhecer que essa explicação não se aplica, de modo exato, ao modelo francês, que apresenta configuração anômala.

14. Poder-se-ia questionar a chamada *textura aberta da linguagem*, que tornaria materialmente impossível um diploma legislativo exaurir a disciplina proposta. Mas essa é outra questão.

competência administrativa regulamentar é dependente e acessória da competência legislativa.

Além disso, a insatisfação do Legislativo diante de regulamentação adotada pode ser solucionada pela edição de lei dispendo em contrário.

4.10.9.6 A solução limitada adotada na EC 32/2001

O tema mereceu uma única ressalva constitucional, produzida em virtude da Emenda Constitucional 32/2001. Foi atribuída competência ao Presidente da República para disciplinar, *por meio de decreto*, a organização e o funcionamento da administração federal, respeitados os limites da elevação da despesa e da criação ou extinção de cargos públicos. Daí se extrai que se eliminou a incidência do princípio da legalidade relativamente a esses temas. Essa é a orientação que vem merecendo aprovação da doutrina.¹⁵

4.10.9.7 A vedação ao regulamento contrário à lei

É pacífico o entendimento de que o regulamento não pode infringir a lei. O regulamento tem hierarquia normativa inferior ao da lei, de modo que a contradição com a norma legal acarreta a invalidade do dispositivo nele contido. Nenhum doutrinador defende a tese de que uma norma legal poderia ser derogada por meio de dispositivo regulamentar.

4.10.9.8 As diversas correntes sobre o tema

A exposição acima reflete um entendimento razoavelmente uniforme do direito administrativo no Brasil. No entanto, isso não elimina divergências intensas sobre as questões remanescentes. É possível sistematizar as orientações adotadas na doutrina e na jurisprudência em quatro correntes principais.

– A primeira corrente entende que a ausência de disciplina legislativa necessária à promoção dos direitos fundamentais pode ser suprida por meio de regulamento.

– A segunda posição defende a possibilidade de dispositivo legal atribuir expressa competência à autoridade administrativa para disciplinar inovadoramente certos temas por meio de regulamento.

uma vez que se trata de uma característica que impregna a própria atividade regulamentar. Sob esse ângulo, lei e regulamento não apresentariam diferença. Sobre o tema da textura aberta, confirmam-se as observações realizadas adiante, neste mesmo capítulo.

15. Cf., nesse sentido, BINENBOJM. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 2. ed., p. 147-174; e BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, 31. ed., p. 350-351.

– A terceira orientação admite que a sumariada da disciplina constante de uma lei propicia à autoridade administrativa emitir regulamento para dispor sobre as questões omitidas.

– A quarta concepção afirma que o regulamento deve ser estritamente subordinado à lei, sem que se admita qualquer inovação ou acréscimo às normas contempladas por ela.

Ressalte-se que as diversas teses podem ser conjugadas entre si. Rigorosamente, apenas a quarta posição é excludente das demais. Mas não há maior impedimento em que as três primeiras teses sejam defendidas em conjunto (ainda que nem sempre o sejam).

4.10.10 A orientação adotada

A presente obra aceita a primeira e a terceira orientações e rejeita a segunda e a quarta.

4.10.10.1 A aceitação da primeira corrente

Admite-se a validade dos regulamentos autônomos necessários à implementação de direitos fundamentais ou à aplicação de vedações contempladas constitucionalmente.

Esse entendimento foi adotado pelo STF, ao julgar a ADC 12. O STF considerou válida a Res. 7 do CNJ, que impusera vedação ao nepotismo no Poder Judiciário. Essa decisão afastou a necessidade de lei para regulamentar a disciplina constitucional. O STF reputou que a omissão do legislador não constitui obstáculo à edição de normas regulamentares destinadas a tornar efetivas determinações constitucionais.

Sob esse prisma, a questão deixa de ser decidida segundo um critério formal (natureza do ato – legislativo ou administrativo – veiculador de normas) para ser avaliada em face de um critério material (conteúdo das normas constitucionais concretizadas). Assim, a figura do regulamento autônomo adquire extrema relevância nas hipóteses de omissão legislativa referida a temas essenciais à Constituição.

Jurisprudência do STJ

“5. No Direito Constitucional contemporâneo, inexistente espaço para a tese de que determinado ato administrativo normativo fere o Princípio da Legalidade, tão-só porque encontra fundamento direto na Constituição Federal. Ao contrário dos modelos constitucionais retórico-individualistas do passado, despreocupados com a implementação de seus mandamentos, no Estado Social brasileiro instaurado em 1988, a Constituição deixa em muitos aspectos de ser refém da lei, e é esta que, sem exceção, só vai aonde, quando e como o texto constitucional autorizar. 6. A empresa defende uma concepção ultrapassada de legalidade, incompatível com o modelo jurídico do Estado Social, pois parece desconhecer que as normas constitucionais também têm *status* de normas jurídicas, delas se podendo extrair efeitos diretos, sem

que para tanto seja necessária a edição de norma integradora. 7. A Constituição é a norma jurídica por excelência, por ser dotada de superlegalidade. No Estado Social, seu texto estabelece amiúde direitos e obrigações de aplicação instantânea e direta, que dispensam a mediação do legislador infraconstitucional. Mesmo que assim não fosse, há regramento infraconstitucional sobre a matéria, diferentemente do que afirma a impetrante. 8. A Portaria MTE 540/2004 concretiza os princípios constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1.º, III, da CF/1988), da Valorização do Trabalho (art. 1.º, IV, da CF), bem como prestigia os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicar a pobreza, de reduzir as desigualdades sociais e regionais e de promover o bem de todos (art. 3.º, I, III e IV, da CF). Em acréscimo, foi editada em conformidade com a regra do art. 21, XXIV, da CF, que prescreve ser da competência da União 'organizar, manter e executar a inspeção do trabalho'. Por fim, não se pode olvidar que materializa o comando do art. 186, III e IV, da CF, segundo o qual a função social da propriedade rural é cumprida quando, além de outros requisitos, observa as disposições que regulam as relações de trabalho e promove o bem-estar dos trabalhadores" (MS 14.017/DF, 1.ª S., rel. Min. Herman Benjamin, j. 27.05.2009, DJe 01.07.2009).

4.10.10.2 A rejeição da segunda corrente

Reputa-se como incompatível com a Constituição a intencional, consciente e voluntária transferência pelo Legislativo da competência normativa para disciplinar certa matéria. O tema se relaciona com a chamada *deslegalização legislativa*.

A hipótese se configura como delegação legislativa, que constitui instituto formalmente disciplinado na Constituição, no art. 68. Ali se faculta que resolução do Congresso Nacional transfira ao Presidente da República os poderes atinentes à produção de lei, respeitados certos limites quanto a determinadas matérias.

Essa solução não se confunde com a previsão legal de regulamentação pelo Executivo. A delegação do art. 68 faz-se caso a caso, a propósito de questões específicas e determinadas. Não é possível o art. 68 ser o fundamento para a transferência a outro órgão de um poder legiferante permanente e estável. A delegação legislativa versa sobre o poder de elaborar um conjunto de normas sobre certo tema.

Tendo a Constituição determinado os limites e a forma para a delegação legislativa, seria inválido que o Congresso Nacional editasse uma lei transferindo para o Poder Executivo a competência para criar direitos e obrigações por meio de um regulamento.

Em consonância com os pressupostos acima indicados, reputa-se incompatível com a ordem jurídica brasileira o instituto da *deslegalização* de certas atividades.

A figura da deslegalização vem sendo praticada no direito italiano e consiste na transferência, por meio de lei, de competência normativa primária para a Administração Pública. Na origem, a deslegalização se destinava a promover a sistematização de setores em que a disciplina legislativa era arcaica e complexa.¹⁶

16. Sobre o instituto da deslegalização, cf. as ponderações realizadas em: JUSTEN FILHO. *O direito das agências reguladoras independentes*, p. 221-222.

No Brasil, afigura-se inconstitucional a solução da deslegalização, que não pode ser implantada sem uma alteração profunda da estrutura constitucional. A deslegalização pode ser apropriada a regimes parlamentaristas, pelos motivos acima expostos. Sua admissão num regime presidencialista depende da adoção de instrumentos de controle legislativo mais eficientes.

4.10.10.3 A aceitação da terceira corrente e a rejeição à quarta

Adota-se o entendimento de que o regulamento pode veicular inovações relevantes no tocante à disciplina legislativa (terceira corrente) e se rejeita a concepção de que não caberia ao regulamento qualquer inovação relativamente às normas legais (quarta corrente).

Alguns pensadores rejeitam a possibilidade de qualquer complementação significativa por parte do regulamento em relação à lei. Invocam argumento extraído do art. 84, IV, da CF/1988, que determina incumbir ao Presidente da República a competência para editar decretos e regulamentos para a *fidel execução* das leis. Sendo assim, o regulamento apenas poderia traduzir a vontade já contida na lei.

Discorda-se desse raciocínio. A *fidel execução da lei* pode significar a realização da finalidade buscada pelo direito, sem que isso signifique a mera repetição dos termos da regulação legislativa.

A atuação inovadora do Executivo, por via regulamentar, reflete uma necessidade relacionada à produção normativa. O Legislativo não dispõe de condições para formular todas as soluções. A lei é um esquema normativo que demanda complementação. O regulamento produzido pelo Executivo exerce essa função complementar, visando a assegurar a geração da melhor solução possível.¹⁷

Aliás, o argumento da mera reiteração dos termos da lei conduz à inutilidade da regra constitucional que institui competência regulamentar para o Poder Executivo. Se fosse vedada qualquer inovação na disciplina legal, o regulamento seria inútil. Logo, nem teria cabimento a Constituição referir-se à figura. Se o fez, alguma função deve ser a ela reconhecida, o que significa a possibilidade de disciplina complementar e inovadora em face das disposições legais.

Logo, o que se pode discutir não é a existência de cunho inovador nas regras contidas no regulamento, mas a extensão da inovação produzível por essa via. O tema vem merecendo intensa atenção da doutrina estrangeira ao longo do tempo.¹⁸

17. Nesse sentido, Caio Tácito assevera que "regulamentar não é somente reproduzir analiticamente a lei, mas ampliá-la e completá-la, segundo o seu espírito e o seu conteúdo, sobretudo nos aspectos que a própria lei, expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar" (*Temas de direito público: estudos e pareceres*, vol. 1, p. 510).

18. Cf. as orientações de AMARAL. *Curso de direito administrativo*, vol. 2, 2. ed., p. 177-230; MAURER. *Elementos de direito administrativo alemão*, p. 62-64. Merece especial referência a obra de ABREU. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*.

Jurisprudência do STF

“Ausência de ofensa ao princípio da reserva legal, diante da nova redação atribuída ao inc. VI do art. 84 pela EC 32/2001, que permite expressamente ao Presidente da República dispor, por decreto, sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando isso não implicar aumento de despesa ou criação de órgãos públicos, exceções que não se aplicam ao Decreto atacado” (ADI 2.564, Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, j. 08.10.2003, DJ 06.02.2004).

“É preciso ter presente que, não obstante a função regulamentar efetivamente sofra os condicionamentos normativos impostos, de modo imediato, pela lei, o Poder Executivo, ao desempenhar concretamente a sua competência regulamentar, não se reduz à condição de mero órgão de reprodução do conteúdo material do ato legislativo a que se vincula” (ADI 561 MC, Pleno, trecho do voto do rel. Min. Celso de Mello, j. 23.08.1995, DJ 23.03.2001).

Jurisprudência do STJ

“É sabido que o regulamento, categoria na qual o decreto está incluído, não pode alterar disposição legal, tampouco criar obrigações diversas daquelas previstas na lei a qual ele se refere. (...) Isso porque sua finalidade precípua é completar a lei, especificar situações por ela previstas de forma genérica. (...) Assim, o decreto não pode inovar – as balizas estão todas na lei a ser regulamentada e devem ser observadas. Por outro lado, o exercício da atividade regulamentar comporta uma certa discricionariedade.

Partindo dessas premissas, cumpre verificar se o estabelecimento da idade mínima de 55 (cinquenta e cinco) anos, para que haja direito à complementação da aposentadoria, extrapola ou não os limites da lei. (...) Observa-se que o decreto especificou a lei no que tange aos requisitos da complementação da aposentadoria por tempo de serviço, nada além disso. A lei regulamentada permitia essa especificação, haja vista que não proibiu o limitador etário. (...) Dessarte, entendo que não houve inovação proibida por parte do Dec. 81.240/1978” (REsp 1.151.739/CE, 2.^a S., trecho do voto do rel. rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.11.2012, DJe 17.12.2012).

“3. A Lei 8.918/1994 remete expressamente ao Poder Executivo a regulamentação dos padrões de identidade e qualidade da matéria-prima das bebidas, além de outros critérios técnicos para sua fabricação e comercialização.

4. As disposições do Dec. 2.314/1997 que justificaram a lavratura do auto de infração não extrapolam o poder regulamentar, porquanto apenas especificam as restrições já impostas pela Lei 8.918/1994 à fabricação e comercialização de bebidas.

5. Com efeito, ao dispor sobre a indevida alteração dos produtos ou de suas matérias-primas (art. 16) e sobre o mínimo percentual de suco de laranja que devem conter os refrigerantes dessa fruta (art. 45, § 2.^o), o Dec. 2.314/1997 conferiu executoriedade à lei regulamentada, nos limites de sua competência” (REsp 1.135.515/SC, 2.^a T., rel. Min. Herman Benjamin, j. 16.03.2010, DJe 28.02.2012).

“7. Destarte, a imposição de requisito para a opção pela sistemática do lucro presumido não pode ser inaugurada por Instrução Normativa, que, muito embora seja ato

administrativo de caráter normativo, subordina-se ao ordenamento jurídico hierarquicamente superior, *in casu*, à lei e à Constituição Federal, não sendo admissível que o poder regulamentar extrapole seus limites, ensejando a edição dos chamados 'regulamentos autônomos', vedados em nosso ordenamento jurídico, a não ser pela exceção do art. 84, VI, da Constituição Federal" (REsp 665.880/RS, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, j. 14.02.2006, DJ 13.03.2006).

4.10.10.4 A questão da competência normativa das agências reguladoras

Uma faceta específica do problema da competência normativa de entidade administrativa se relaciona com os atos das agências reguladoras independentes. A matéria é objeto de exame no Capítulo 10, abaixo.

4.11 O conteúdo da disciplina legal: a discricionariedade

A prevalência do princípio da legalidade não exclui o cabimento da discricionariedade. A afirmação de um Estado Democrático de Direito e a própria existência do direito administrativo conduzem à adoção de um instituto jurídico que venha a formalizar e adequar a autonomia das escolhas do administrador público pela supremacia do princípio da legalidade. Esse instituto é a discricionariedade administrativa.

4.11.1 A orientação tradicional

Tratando da discricionariedade segundo a visão de sua época, Hely Lopes Meirelles afirmava: "Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo".¹⁹

Essa visão foi combatida por doutrinadores como Celso Antônio Bandeira de Mello, que evidenciou não ser a discricionariedade um *poder* atribuído em abstrato, mas um modo de disciplina jurídica concreta da atividade administrativa. Segundo esse autor, a discricionariedade pode ser definida como "a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal".²⁰

Maria Sylvia Zanella Di Pietro anota que "a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo

19. MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, 39. ed., p. 126.

20. BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, 31. ed., p. 436.

critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito”.²¹

4.11.2 Definição de discricionariedade

Discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

4.11.2.1 Discricionariedade é o modo de disciplina normativa

A discricionariedade é um tipo de disciplina legislativa. A lei pode conter todos os elementos necessários à sua aplicação – a isso se denomina *disciplina normativa vinculada*. Por outro lado, pode demandar que alguns desses elementos sejam verificados em vista do caso concreto – a isso se denomina *disciplina normativa discricionária*.

Portanto, a discricionariedade não significa que a Administração Pública seria titular de uma reserva de poder para escolher entre diversas alternativas. Não existe um *poder discricionário* inerente à função administrativa. A discricionariedade é atribuída pelo direito ao disciplinar o desempenho da função administrativa.

Quando a disciplina jurídica restringe a autonomia de escolhas da autoridade administrativa, há vinculação; quando a norma cria intencionalmente margens de autonomia, há discricionariedade. Lembre-se, no entanto, que a intensidade da vinculação e da discricionariedade é variável. Há graus diversos de autonomia, que variam caso a caso.

4.11.2.2 Da atividade administrativa

A definição adotada envolve apenas a discricionariedade administrativa, sem considerar outras hipóteses, tais como a chamada *discricionariedade jurisdicional*. A distinção é relevante porque a chamada discricionariedade jurisdicional traduz o exercício por uma autoridade independente e imparcial da competência para compor conflitos e dizer o direito para o caso concreto.

4.11.2.3 Que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto

A lei contém regulação sumária, não exaustiva, visando a assegurar que a solução adotada seja ponderada em vista das circunstâncias do caso concreto. Configura-se, então, a disciplina normativa discricionária.

21. DI PIETRO. *Direito administrativo*, 27. ed., p. 221.

Mas somente se caracteriza a discricionariedade propriamente dita quando a “margem de liberdade” referida por Celso Antônio é instituída de modo intencional pelo direito.

Mais precisamente, o direito adota uma disciplina discricionária como meio intencional destinado a assegurar a realização mais satisfatória e adequada da atividade administrativa. Por isso, a discricionariedade não pode ser identificada como uma *liberdade*, nem como um *direito subjetivo* de natureza privada.

Ressalte-se que é perfeitamente possível que, no caso concreto, exista uma única solução adequada e satisfatória. Quando assim se passa, a disciplina discricionária delineada na lei não acarreta a faculdade de a autoridade administrativa optar por uma solução distinta. Se, em vista das circunstâncias do caso concreto, a melhor solução é inquestionavelmente uma única, a autoridade administrativa é obrigada a escolhê-la, mesmo estando investida de competência discricionária. Assim se impõe porque a discricionariedade é sempre o meio para obtenção da melhor solução possível no caso concreto.

4.11.2.4 *Respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico*

A autonomia decisória da autoridade estatal não se desenvolve fora ou acima das normas jurídicas. É criada pelo ordenamento jurídico, que determina as suas balizas. Em alguns casos, os limites à autonomia consistem nos princípios mais gerais, nos valores fundamentais. Em outros casos, a norma instituidora da discricionariedade estabelece limites mais precisos e determinados. Há casos em que tais limites se traduzem em requisitos para a escolha. Em outras situações, a norma veda a adoção de certas decisões. Há situações em que os limites se relacionam com a escolha da oportunidade para decidir, enquanto há outros casos em que a restrição envolve o conteúdo propriamente dito da decisão a ser adotada.

Justamente por isso, é absolutamente incorreto afirmar que, configurada a existência de competência discricionária, existiria um poder decisório insuscetível de controle. A intensidade e a extensão do controle serão variáveis em vista da configuração adotada, no caso concreto, pela norma instituidora da competência discricionária.

4.11.3 *O conteúdo variável da discricionariedade*

A discricionariedade se manifesta em termos variáveis. É necessário examinar, em cada hipótese de competência discricionária, o tipo e a intensidade de autonomia atribuída.

Isso fica evidente na fórmula pela qual tradicionalmente se traduz a existência de discricionariedade. Costuma-se dizer que a lei reconhece ao aplicador a faculdade de avaliar a *conveniência e oportunidade*, expressões que indicam conteúdos diversos. Essa fórmula verbal compreende tanto o poder jurídico para determinar o conteúdo de certa providência como aquele para estabelecer o momento em que

determinada providência deverá ser adotada. Mas também poderá existir autonomia no tocante a outros temas normativos.

Em suma, será necessário examinar e precisar, em cada hipótese, o tipo e a extensão da autonomia adotada na disciplina discricionária.

4.11.4 *Competência discricionária e flexibilidade normativa*

A discricionariedade não é um “defeito” da lei. Não é nem desejável nem possível que todas as leis contenham todas as soluções a serem adotadas por ocasião de sua aplicação. Isso tornaria a atividade administrativa petrificada, sem possibilidade de adaptação para solucionar os problemas da realidade.

A discricionariedade é uma solução normativa para o problema da inadequação do processo legislativo. O legislador não dispõe de condições para prever antecipadamente a solução mais satisfatória para todos os eventos futuros.

4.11.5 *A produção da disciplina normativa mais adequada*

A discricionariedade é uma solução normativa orientada a obter a melhor solução possível, a adotar a disciplina jurídica mais satisfatória e conveniente para resolver o caso concreto. Como ensinou Celso Antônio Bandeira de Mello, se a lei escolheu remeter a solução à escolha da autoridade administrativa, isso somente pode justificar-se por ser imperiosa a obtenção da solução mais adequada.²² No entanto, não se olvide que “[o] administrador tem, de fato, o dever de buscar uma solução ótima para o caso. Mas, em inúmeras situações, simplesmente não se sabe qual é essa solução”.²³

Em suma, a outorga da discricionariedade configura o prestígio pelo Legislativo à liberdade do administrador, mas não à sua liberalidade.

4.11.6 *Discricionariedade e função administrativa*

Um dos maiores equívocos reside em submeter a discricionariedade à disciplina do direito subjetivo privado. O erro pode derivar da afirmativa de que a discricionariedade envolve uma margem de liberdade ou a legitimação da escolha pessoal do aplicador. Essa fórmula verbal é perigosa, porque pode conduzir à suposição de que o aplicador do direito estaria na mesma posição jurídica do credor, numa relação de direito privado. Assim, alguém diria que o administrador, no exercício da discricionariedade, pode escolher entre agir e não agir, tal como o

22. BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, 31. ed., p. 981.

23. BORNHOLDT. Conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade e metódica estruturante – Um estudo à luz da distribuição dos royalties do petróleo. *Interesse Público - IP*, n. 81, p. 101-128, set./out. 2013, p. 111.

faria um particular na gestão de seus interesses egoísticos. Essa é uma concepção equivocada.

A discricionariedade é uma manifestação da natureza funcional das competências estatais. Apresenta feição de dever-poder; não se apresenta como faculdade a ser exercitada segundo juízos de conveniência pessoal.

4.11.7 Ausência de competência normativa autônoma

A competência discricionária não se constitui em poder normativo autônomo, existente em abstrato, de titularidade originária de um órgão alheio ao Legislativo. Por esse motivo, rejeita-se a utilização da expressão *poder discricionário*. A Administração Pública não é titular de um conjunto de competências de natureza discricionária. Sua atividade é subordinada às normas, as quais podem atribuir uma margem mais ampla de autonomia em algumas situações. Haverá, então, a discricionariedade.

Não existe competência discricionária originária, a não ser que se utilize a expressão *discricionariedade* em acepção não técnica. Poder-se-ia, nesse caso, aludir à hipótese de uma *discricionariedade legislativa*, condizente com a avaliação produzida pelo exercente da função legislativa. Mas tal não se confunde com o instituto ora examinado. Na terminologia tradicional do direito administrativo, a discricionariedade é criada pela lei e conter-se nos limites legais.

A discricionariedade administrativa é atribuída por via legislativa, caso a caso. Isso equivale a reconhecer, dentre os poderes atribuídos constitucionalmente ao Legislativo, aquele de transferir à Administração Pública a competência para editar normas complementares àquelas derivadas da fonte legislativa.

Jurisprudência do STJ

“(...) 5. Não se pode aceitar que com base na discricionariedade o administrador realize práticas ilícitas. É possível até haver liberdade na escolha dos métodos a serem utilizados, caso existam meios que se equivalham dentre os menos cruéis, o que não há é a possibilidade do exercício do dever discricionário que implique em violação à finalidade legal. 6. *In casu*, a utilização de gás asfixiante no centro de controle de zoonose é medida de extrema crueldade, que implica em violação do sistema normativo de proteção dos animais, não podendo ser justificada como exercício do dever discricionário do administrador público. Recurso especial improvido” (REsp 1.115.916/MG, 2.ª T., rel. Min. Humberto Martins, j. 01.09.2009, DJe 18.09.2009).

4.11.8 Ausência de discricionariedade na ausência de lei

Bem por isso, não se pode reconhecer alguma competência normativa derivada sem a lei que a institua, a não ser, nas hipóteses de realização dos direitos fundamentais. É juridicamente cabível que a Administração encontre na própria Constituição o fundamento normativo para atuação.

Insista-se em que a omissão legislativa não defere ao Executivo competência para inovar a ordem jurídica. A competência normativa derivada, tal como se passa com a discricionariedade, concretiza-se como um conjunto de poderes *produzidos* por decisão legislativa. Na ausência de lei, e excetuada a força normativa dos direitos fundamentais, não há poderes normativos dessa natureza.

4.11.9 *Desnecessidade de previsão legislativa explícita*

Isso não significa que a atribuição da competência normativa de segundo grau dependa de previsão explícita em lei. Exige-se a lei, mas isso não equivale a afirmar que tal lei teria de determinar, em termos explícitos e completos, quer a existência, quer a extensão das competências normativas de segundo grau. A configuração de um poder normativo de segundo grau se produz ainda quando a lei sobre silencie sobre esses temas.

4.11.10 *A derivação em face das normas legislativas*

A competência discricionária é dependente, acessória e secundária em relação à competência legislativa (ressalvadas as hipóteses de realização dos direitos fundamentais). Como regra geral, não há poder para gerar essas normas complementares sem a existência de lei. As normas produzíveis em virtude da competência discricionária são decorrência do modo como a competência legislativa foi concretamente exercitada. Como afirmava Francisco Campos: “No exercício do poder regulamentar, a administração não pode, portanto, sob o pretexto de lacunas na lei a ser executada, dispor em relação ao seu objeto com a mesma amplitude e a mesma liberdade com que em relação a ele poderia dispor o Poder Legislativo, ainda que se limite à criação de meios e instrumentos destinados à realização de uma finalidade, que a lei se cinge a formular em termos vagos e gerais”.²⁴

4.11.11 *Discricionariedade e delegação legislativa*

A discricionariedade não se confunde com a delegação legislativa do art. 68 da CF/1988. Nesse caso, existe uma única competência legiferante, cujo exercício é parcial e limitadamente transferido pelo Poder Legislativo para o Executivo.

Já a discricionariedade não atribui à autoridade administrativa poderes de natureza primária equivalentes aos reservados constitucionalmente para o Poder Legislativo.

A distinção qualitativa entre ambas as categorias de delegação acarreta a impossibilidade de reconhecer a delegação imprópria como manifestação normativa ampla, de primeira categoria. Ao contrário, trata-se de *poder de segundo grau*, uti-

24. CAMPOS. Lei e regulamento: matéria reservada à competência do Poder Legislativo: limites do Poder Regulamentar: direitos e garantias individuais. *Revista Forense*, n. 146, abr./jun. 1949, p. 71. Parecer.

lizada a expressão para indicar a competência para produzir normas acessórias e complementares à lei.

4.11.12 *A rejeição aos conceitos de ato discricionário e ato vinculado*

Por isso, a doutrina não mais usa as expressões *ato vinculado* e *ato discricionário*. Alguns aspectos de cada ato são vinculados ou discricionários; não o ato propriamente dito.

É absolutamente rara a hipótese em que caiba produzir um ato que possa ser instrumento de competência isoladamente discricionária ou vinculada.

4.12 **Ausência de homogeneidade do instituto da discricionariedade**

A discricionariedade não é uma figura jurídica uniforme. Ou seja, não se traduz sempre do mesmo modo. A margem de autonomia atribuída pela norma legislada ao aplicador é variável em face de cada caso. Pode-se imaginar que a absoluta e exaustiva disciplina legislativa é um caso extremamente raro. É possível dizer então, que a discricionariedade comporta *graus* de autonomia, que variam em cada hipótese.

4.12.1 *Os graus de vinculação e de discricionariedade*

Não existe disciplina normativa que institua de modo absoluto a vinculação ou a discricionariedade no exercício de uma função administrativa. A disciplina legal adota graus variáveis de vinculação ou de discricionariedade.²⁵

Assim, a norma pode ter adotado disciplina vinculada e exaustiva quanto a certos aspectos, deixando margem de autonomia decisória quanto a outros. A norma pode valer-se de diversos instrumentos para criar autonomia limitada, tal como conceitos jurídicos indeterminados e assim por diante (como será apontado a seguir).

Logo, afirmar que certa atividade é discricionária ou vinculada consiste numa simplificação terminológica, que pode ser adotada para facilitar a comunicação, mas não permite identificar de modo mais preciso o grau de autonomia atribuído pela norma ao titular da função administrativa.

4.12.2 *A discricionariedade quanto aos fins*

É usual a afirmação de que a discricionariedade nunca versaria sobre os *fins* a serem buscados pelo aplicador da norma, já que se impõe a realização do *interesse*

25. Cf. BINENBOJM. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, 2. ed., p. 200 *et seq.*

público. Mas o tema comporta outras considerações, até por conta da rejeição adotada nesta obra à concepção da supremacia e indisponibilidade do interesse público.

Afirmar que o aplicador da norma está vinculado a realizar o interesse público configura uma simplificação. É evidente que o exercente de função pública tem o dever de dispor das competências públicas para satisfazer fins públicos. Mas isso não significa a ausência de atribuição de competência para promover a ponderação desses fins. Mais ainda, a situação concreta propicia, na esmagadora maioria dos casos, a existência de uma pluralidade de *interesses públicos*.

Assim colocada a questão, é inevitável reconhecer que, na maior parte dos casos, o exercente de atividade administrativa é encarregado de realizar uma escolha quanto ao modo de promoção dos diferentes *fins de interesse público*. Essa ponderação decorre da aplicação do princípio da proporcionalidade e traduz uma competência que não é disciplinada de modo exaustivo pelo direito. Existem limites à decisão do administrador. Assim, não se admite a eleição de um fim de interesse pessoal, ou que seja realizado um valor sem relevância coletiva, ou que se implementem valores reprováveis. Em todos esses casos, as decisões serão reprováveis e incompatíveis com a ordem jurídica. Mas, respeitados esses limites, o administrador realiza um processo de seleção entre os diversos fins que sejam compatíveis. Portanto, há uma decisão de cunho discricionário, o que significa, inclusive, afirmar que o direito reconheceu intencionalmente a autonomia do administrador para tanto.

É relevante colocar em destaque a ocorrência da discricionariedade quanto aos fins para propiciar seu controle, bem como evitar que a invocação genérica ao *interesse público* constitua a forma pela qual escolhas inadequadas sejam adotadas e se tornem imunes a esse controle.

A relevância das questões disciplinadas administrativamente exige que o administrador externe as ponderações que realizou não apenas quanto aos meios, mas também quanto aos próprios fins que busca concretamente realizar.

Para dizer de outro modo, a legitimação das decisões administrativas não se faz apenas pela invocação genérica e indeterminada do *interesse público*, mas exige que seja explicitada de modo expresso a escolha realizada pelo administrador quanto ao fim por ele eleito no desenvolvimento de suas competências.

4.12.3 *A discricionariedade na hipótese de incidência*

A disciplina discricionária poderá atribuir margem de autonomia ao aplicador no tocante à avaliação da presença dos pressupostos do exercício de poderes ou competências. Assim, pode-se determinar que toda autoridade pública dispõe de poderes para interferir no curso dos acontecimentos e prevenir a ocorrência de distúrbios ou perturbações na ordem pública. Isso se traduz na competência para determinar, por exemplo, a retirada das instalações públicas de um sujeito que esteja impedindo o andamento normal das atividades administrativas. Não existe definição

exata e precisa, na hipótese de incidência da regra jurídica, quanto aos pressupostos de aplicação do mandamento. Caberá ao aplicador verificar e ponderar se a conduta de um particular produz ou não a perturbação da ordem.

Poder-se-ia dizer que, de modo geral, a fórmula *avaliação da conveniência e oportunidade* indica a discricionariedade no tocante aos pressupostos de adoção de determinada providência. Isso corresponde à disciplina discricionária na hipótese de incidência.

Destaque-se que a utilização da fórmula *avaliação da conveniência e oportunidade* não significa que a autonomia do aplicador ficaria restrita à questão temporal. A lei pode determinar que a autonomia do agente abrangerá apenas o momento, mas também poderá compreender os demais aspectos da hipótese (local, situações materiais ou sujeitos envolvidos).

4.12.4 A discricionariedade no mandamento

Mais evidente, no entanto, é a discricionariedade no mandamento, que se configura quando a norma jurídica não determina de modo preciso e exato o conteúdo das consequências a serem impostas. Na maior parte dos casos de disciplina discricionária, a função administrativa se traduz na adoção de decisões concretas e de providências jurídicas cuja determinação é delineada em termos amplos na norma legal e cuja definição precisa se faz por meio da escolha do administrador em face do caso concreto.

Assim, a competência discricionária indica, usualmente, a competência para determinar, dentro do universo das providências jurídicas cabíveis compatíveis com a ordem jurídica, aquela que será adequada e necessária em vista das circunstâncias do caso concreto.

4.13 Discricionariedade normativa (abstrata) e decisória (concreta)

A disciplina discricionária pode atribuir à Administração autonomia para produzir normas gerais e abstratas ou para emitir decisão sem cunho propriamente normativo. São situações diversas, cuja distinção é fundamental para evitar equívocos.

Utiliza-se a expressão *discricionariedade normativa* para indicar a competência para complementar normas de conduta, de modo que a conduta futura das pessoas será qualificada como lícita ou ilícita não só em vista da disciplina prevista em uma lei, mas também pelos preceitos de um ato administrativo. A discricionariedade normativa administrativa se traduz na produção de regulamentos.

Situação distinta é a discricionariedade decisória, em que se trata de escolher solução para determinado caso concreto, sem que daí derive o surgimento de normas gerais. Um exemplo característico é a investidura de servidores em cargos em comissão. A lei atribui à autoridade administrativa a discricionariedade para

escolher o indivíduo que será investido no cargo. Existe autonomia de escolha, sem que tal se traduza na produção de normas de conduta.

Para ser mais preciso, a discricionariedade normativa se traduz na *criação* de normas de conduta, enquanto a discricionariedade decisória consiste precipuamente na *aplicação* de normas de conduta. A criação de normas de conduta envolve o estabelecimento de parâmetros abstratos de conduta, destinados a disciplinar uma série indeterminada de situações. Já a aplicação da norma envolve a determinação da solução para um caso concreto e específico.

A maior parte das controvérsias sobre a discricionariedade envolve a produção normativa. Não há maiores debates quanto à discricionariedade decisória, que é manifestação clássica da atividade administrativa, que não pode estar integralmente contemplada em lei, sob pena de tornar-se inviável o governo.

A distinção entre discricionariedade normativa e decisória apresenta grande relevância prática no cenário jurídico atual, especialmente quando se controverte sobre as competências das agências reguladoras setoriais. É imperioso reconhecer a elas a titularidade de competência discricionária decisória. Quando uma autoridade administrativa realiza uma escolha entre diversas alternativas de solução para problemas concretos, sendo todas essas soluções previstas e autorizadas numa norma jurídica, não existe exercício de poderes de natureza legislativa. Não há impedimento constitucional a que uma agência reguladora (ou qualquer autoridade administrativa) produza essa espécie de concretização de normas jurídicas. O que não se pode admitir é que a ausência de lei autorizando um elenco de escolhas para a autoridade administrativa seja suprida por ato infralegislativo. A autoridade administrativa não é investida de competência para *criar* normas de conduta não delineadas por uma lei.

4.14 A questão da discricionariedade técnica

Difundiu-se a expressão *discricionariedade técnica* para indicar aquelas situações em que a lei determina que a solução no caso concreto seja norteada pelo conhecimento técnico-científico.

4.14.1 *Discricionariedade comum e discricionariedade técnica*

Alude-se à discricionariedade técnica para indicar que determinadas decisões administrativas se fundam em critérios técnico-científicos, os quais não são incorporados no corpo normativo produzido legislativamente. A expressão *discricionariedade técnica* difundiu-se, mas o conceito a que se refere “não apresenta propriamente nada de discricionariedade e que é assim denominada por um erro histórico da doutrina”.²⁶ Ou seja, nunca poderia ser confundida com a discricionariedade pura ou administrativa.

26. GIANNINI. *Diritto amministrativo*, vol. 2, 3. ed., p. 55-56, tradução livre.

Nos casos de discricionariedade técnica, a lei não autoriza uma escolha de natureza política, a ser realizada pelo aplicador. O silêncio legislativo sobre a solução cabível resulta de outras razões. A norma legal estabelece parâmetros normativos gerais. A Administração disporá de autonomia para decidir, mas a escolha concreta deverá vincular-se a juízos técnico-científicos. Será a ciência ou a técnica que fornecerá a solução a ser adotada.

4.14.2 *A proximidade entre os institutos*

Existem situações em que é impossível distinguir a discricionariedade técnica daquela propriamente dita. É muito problemático defender uma concepção de ciência que assegure absoluta certeza acerca das decisões a adotar. Deve-se ter em vista que inúmeras situações de ordem técnica não envolvem certezas, mas probabilidades.

Não podem ser identificados juízos técnicos de constatação da existência dos pressupostos indicados na lei com aqueles de cunho valorativo, mas que não traduzem a mera aplicação do conhecimento ao caso concreto. Nesses casos, pode haver juízos de oportunidade conjugados com a avaliação cognoscitiva.

As hipóteses em que o aplicador da lei não disporá de qualquer margem de autonomia para escolher dentre diversas alternativas serão extremamente raras, ainda quando a lei vincular a decisão a um critério técnico-científico.

Assim, suponha-se a decisão acerca das taxas de juros praticadas no âmbito do Banco Central. Afigura-se evidente que a escolha não poderá levar em conta apenas um juízo de conveniência e oportunidade, mas será impossível extrair do conhecimento técnico certa escolha como necessária. Elevar ou reduzir as taxas de juros é uma avaliação que ultrapassa o conhecimento técnico-científico, tal como também é a determinação quantitativa da variação. Ora, a fixação de taxas de juros revela competência discricionária em sentido puro ou discricionariedade técnica? Existem argumentos em prol de ambas as alternativas, tendendo-se ao reconhecimento de uma atividade que conjuga conhecimento técnico com exercício de juízos de conveniência e oportunidade.

Em última análise, a defesa da autonomia e peculiaridade do instituto da discricionariedade técnica reflete certa concepção positivista de ciência, incompatível com a realidade contemporânea. Ocorre que nenhuma ciência pode gerar aplicações práticas absolutamente precisas, uniformes e destituídas de alternativas ou dúvidas.

4.14.3 *A falácia da tecnicidade das decisões*

A discussão acerca da discricionariedade técnica pode ser reconduzida à disputa acerca da tecnicidade da atuação estatal. Tal como acima exposto, pode-se considerar que, ainda quando se tratar de decisões acerca de questões técnicas, haverá um componente político na decisão. O conhecimento técnico poderá funcionar como

instrumento de delimitação das alternativas disponíveis, mas dificilmente eliminará a pluralidade delas. Haverá uma margem de escolha, a qual propiciará um juízo de conveniência e oportunidade por parte da autoridade encarregada de promover a aplicação da norma geral.

4.15 Discricionariedade e interpretação

A discricionariedade não se confunde com a atividade de interpretação da lei, ainda que ambas as figuras possam refletir uma margem de criatividade do sujeito encarregado de promover a aplicação do direito.

4.15.1 O núcleo da distinção

A discricionariedade é um modo de construção da norma jurídica, caracterizado pela atribuição ao aplicador da competência para produzir a solução por meio de ponderação quanto às circunstâncias. Ou seja, a discricionariedade significa que a lei atribuiu ao aplicador o dever-poder de realizar a escolha.

Já a interpretação corresponde a uma tarefa de reconstrução de vontade normativa, estranha e alheia ao aplicador. A interpretação não é uma avaliação de conveniência formulada pelo intérprete, mas um processo de revelação da vontade legislativa.²⁷ Na discricionariedade, a vontade do aplicador é legitimada pelo direito, que não impôs uma solução predeterminada ao caso concreto.

A distinção é relevante em vista do controle exercitado sobre as duas atuações. A prevalência da vontade pessoal não é válida quando se trata de interpretar-aplicar a lei, enquanto a discricionariedade comporta a influência da vontade funcionalizada do agente administrativo.

4.15.2 Duas hipóteses específicas de interpretação

É relevante fazer referência a duas hipóteses que se enquadram no âmbito da interpretação, mas que propiciam uma margem mais intensa de influência da vontade do aplicador do direito. São elas a correção de defeitos redacionais da lei e a determinação do sentido da linguagem natural.

4.15.3 A redação legal insatisfatória ou ultrapassada

O texto legal pode refletir equívocos redacionais. Isso exige um esforço hermenêutico para superar os erros legislativos, que podem ser materiais ou jurídicos. Os exemplos são mais comuns do que seria imaginável.

27. Lembre-se a clássica diferenciação entre *mens legis* e *mens legislatoris*. A “vontade do legislador” exaure sua influência quando a lei se aperfeiçoa. A “vontade da lei” (*mens legis*) independe da “vontade do legislador” (*mens legislatoris*).

Assim, a redação original da Lei 8.666/1993 previu, no art. 65, II, *d*, certa solução para os casos de *área* extraordinária. Havia evidente equívoco, na medida em que o vocábulo adequado seria *álea* (no sentido de risco). O mesmo diploma estabeleceu, no art. 22, § 5.º, que o leilão é modalidade adequada para a alienação de bens *penhorados*. Mas é claro que o dispositivo alude aos bens *dados em penhor*, figura que corresponde ao verbo *empenhar*. Ou seja, o leilão aplica-se para bens *empenhados*.

Em outros casos, a evolução do tempo conduz à alteração dos significados originais das palavras, de modo que a aplicação de leis editadas há longo tempo demanda a necessidade de uma atualização vocabular. Caso exemplar é o do Código Comercial de 1850, que ainda vigora em algumas passagens, mesmo com seu português arcaico e, por vezes, incompreensível.

O defeito ou o anacronismo da linguagem não resultam na atribuição de autonomia de escolha para o aplicador. Não há liberdade para o sujeito que, no exercício da atividade administrativa, promove a aplicação da lei e corrige seus erros ou atualiza suas expressões. A correção linguística impõe ao aplicador o dever de estrita vinculação à vontade legislativa. Não é defensável que, invocando o defeito ou o arcaísmo da linguagem, o sujeito inove o espírito da lei, adotando solução incompatível com aquela contida no texto.

4.15.4 *A textura aberta da linguagem*

A segunda situação a ser considerada é a textura aberta da linguagem.²⁸ A lei se manifesta como linguagem e toda linguagem espontânea (natural) apresenta características de incerteza e indeterminação. Somente linguagens artificiais²⁹ podem eliminar essa característica, que se relaciona diretamente com a pluralidade de sentido das palavras.

Assim, suponha-se uma lei cujo texto aluda à disciplina da conduta dos *hominens*. A expressão tanto pode indicar “ser humano” como “ser humano do sexo masculino”.³⁰ Portanto, aplicar uma lei que determine um regime jurídico vinculado à condição de *homem* envolve a necessidade de escolher entre essas diversas acepções do vocábulo. Todo intérprete-aplicador do direito se depara permanentemente com a necessidade de escolher um dentre os diversos sentidos que as palavras podem apresentar.

28. Cf., sobre o tema, HART. *O conceito de direito*, p. 137 et seq.

29. A linguagem natural é aquela que se desenvolve espontaneamente para comunicação entre seres vivos. Mas existem linguagens artificiais, que são criadas para fins específicos e delimitados. Assim, por exemplo, a matemática pode ser considerada como uma linguagem artificial, na acepção de que se vale de signos e sinais para assegurar a comunicação. Numa linguagem artificial, é possível atribuir sentidos delimitados e precisos para os signos e sinais.

30. Aliás, nada impede que se caminhe para o surgimento de um terceiro sentido: ser humano que realizou determinada opção de gênero sexual.

A textura aberta da linguagem também não produz autonomia para o aplicador, o qual tem compromisso com o sistema normativo e com a vontade legislativa. Cabe escolher um dentre os sentidos possíveis, comportados pela expressão linguística. Ou seja, há limites quanto às escolhas possíveis.³¹ Mais ainda, o aplicador tem o dever de respeitar a vontade normativa e eleger, no elenco limitado das acepções possíveis, a alternativa reputada mais adequada à vontade da lei.

4.16 A discricionariedade e técnicas legislativas

Por outro lado, existem pelo menos três técnicas pelas quais a lei transfere ao aplicador uma margem de autonomia para determinar a solução cabível para o caso concreto, sem que isso produza o surgimento da discricionariedade. Essas três técnicas envolvem a utilização de:

- conceitos técnico-científicos
- conceitos indeterminados
- conceitos valorativos

4.16.1 Os conceitos técnico-científicos

A primeira possibilidade reside em a lei valer-se do conhecimento técnico-científico como critério para disciplinar a atividade administrativa. O aplicador deverá recorrer à ciência ou à técnica para estabelecer a providência concreta adequada. Haverá uma delimitação inafastável da margem de escolha do administrador. A sua autonomia se inserirá nos limites da discussão científica. Essa figura é, por vezes, qualificada como *discricionariedade técnica*, tendo sido examinada acima.

Como apontado, seria um equívoco imaginar que a ciência conduz sempre a uma única conclusão ou que apresenta sempre uma só interpretação para a realidade. Haverá, com frequência, necessidade de escolhas. Mas não serão elas nem ilimitadas nem fundadas em critérios de cunho subjetivo. O aplicador deverá escolher uma dentre as alternativas prestigiadas pelo conhecimento científico, além de indicar os fundamentos pelos quais a escolheu. Mais ainda, essa justificativa precisará fundar-se em razões objetivas, atinentes tanto à credibilidade das diversas teorias como à conveniência em face dos interesses em jogo.

4.16.2 Os conceitos jurídicos (parcialmente) indeterminados:

Outra hipótese se relaciona com os chamados *conceitos jurídicos indeterminados*.³² São expressões vocabulares que comportam indeterminação de sentido, o que exige que o aplicador produza sua delimitação para o caso concreto.

31. É possível que a característica da textura aberta se conjugue com a existência de um equívoco. Nesse caso, terá ocorrido a utilização de um vocábulo com diversos sentidos, mas todos eles incompatíveis com a vontade legislativa extraída do texto.

32. Sobre o tema dos conceitos jurídicos indeterminados, cf. SAINZ MORENO. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*; e CORREIA. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*.

4.16.2.1 A riqueza do mundo real

Os conceitos jurídicos indeterminados traduzem a necessidade de diferenciar situações do mundo real. Suponha-se, como exemplo, a regra de que “passageiros idosos terão preferência de embarque” nos veículos de transporte coletivo. Ora, que se deve entender por *idoso*? A vida humana é contínua, e não apresenta uma divisão que determine que, a partir de uma data exata, o sujeito estará enquadrado na categoria *idoso*. Há variações pessoais. Determinados sujeitos são “idosos” aos 50 anos, outros permanecem vigorosos aos 80.

A lei não dispõe de recursos para diferenciar, em termos precisos e estanques, essa realidade. A providência adequada deverá ser encontrada para cada caso concreto, de acordo com as circunstâncias ou pela imposição de uma presunção absoluta.³³

A ausência de determinação precisa não é um defeito do conceito, mas um atributo destinado a permitir sua aplicação mais adequada caso a caso. A indeterminação dos limites do conceito propicia a aproximação do sistema normativo à riqueza do mundo real.

4.16.2.2 A limitação à autonomia do aplicador

A utilização de conceitos jurídicos indeterminados deriva da vontade legislativa de evitar atribuir ao aplicador uma margem de autonomia mais ampla do que o mínimo possível ou necessário.

Volte-se ao exemplo do idoso. Uma solução teórica seria a lei conferir ao condutor de cada veículo o poder para definir a preferência de embarque. Assim, em cada parada de ônibus, o motorista indicaria os critérios – os quais poderiam, inclusive, variar de parada em parada. Essa situação seria indesejável, inclusive para o próprio motorista, que teria de avaliar cada situação e emitir um juízo de escolha, discutir com os passageiros insatisfeitos e assim por diante.

Quando a lei adota um conceito jurídico indeterminado, visa a produzir uma solução que seja adaptável à realidade e suscetível de controle. Isso decorre de que o conceito jurídico indeterminado é *determinável*, para utilizar a expressão de Eros Grau.³⁴ A possibilidade de determinação do conteúdo do conceito é o instrumento de controle sobre a escolha do aplicador.

4.16.2.3 As três áreas de abrangência dos conceitos jurídicos indeterminados

A aplicação do conceito indeterminado permite diferenciar as situações fáticas em três categorias. Há os fatos que se subordinam ao âmbito de abrangência do conceito; há aqueles que não se subordinam; e há aqueles casos duvidosos.

33. Vale como exemplo o Dec. 5.934/2006, que regulamentou o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) e previu que, para o fim da obtenção de passagens em transporte coletivo interestadual, idoso é a pessoa com idade igual ou superior a 60 anos. Ou seja, houve uma escolha legislativa determinada.

34. Cf. GRAU. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, p. 211-213.

Volte-se ao exemplo do idoso. Sua indeterminação é relativa. Uma criança de dez anos de idade não pode ser enquadrada na categoria de idoso. Por outro lado, um ancião com cem anos será, com certeza, integrante dessa categoria. No entanto, é duvidosa a situação de um sujeito com cinquenta anos.

4.16.2.4 *A autonomia na aplicação do conceito jurídico indeterminado*

Daí segue que a autonomia do aplicador da norma que contém um conceito jurídico parcialmente indeterminado envolve apenas e exclusivamente a margem de dúvida ou incerteza.

Mesmo dentro desse espaço delimitado de incerteza, tem-se de reputar que o aplicador estará jungido a encontrar a definição mais compatível com o conceito jurídico indeterminado.

4.16.3 *A utilização de conceitos valorativos*

Em outros casos, a lei se vale de conceitos que consagram valores. Isso pode dar-se tanto no tocante à hipótese como quanto ao mandamento da norma. O exemplo clássico ingressou no universo do axiologicamente incorreto: trata-se da norma penal que fazia referência à “mulher honesta”. Mesmo à época, o legislador não dispunha da pretensão de identificar o conteúdo extraível da expressão. Remetia o encargo ao aplicador, o que gerava grande dificuldade.

O problema reside em que o conceito valorativo apresenta alguma semelhança com o conceito jurídico indeterminado, mas há uma distinção fundamental. Trata-se da aplicação de um valor à realidade, o que envolve a necessidade de utilização da capacidade humana de valorar. O conceito jurídico indeterminado envolve um juízo de conhecimento sobre os fatos, enquanto o conceito valorativo exige juízos de valor. Qualificar alguém como “idoso” depende da avaliação das condições físicas do sujeito. Qualificar alguém como “honesto” depende de uma conjugação entre os valores e a situação real. Ou seja, os conceitos valorativos produzem dificuldades muito maiores do que os conceitos jurídicos indeterminados.

Assim se põe porque os valores pessoais do aplicador influenciarão a solução para o caso concreto. Mas a lei não pretende que os sentimentos puramente subjetivos do intérprete prevaleçam. Os conceitos valorativos envolvem a necessidade de dissociar concepções puramente subjetivas do aplicador em face dos juízos vigentes na sociedade. A margem de autonomia não é ilimitada, mas o padrão de controle não é fornecido pelo conhecimento técnico-científico. Trata-se, antes, de recorrer aos padrões de valores vigorantes na sociedade.

4.16.4 *A discricionariedade propriamente dita*

A discricionariedade não se confunde com as hipóteses acima indicadas. Na discricionariedade, há atribuição pela lei da competência para o administrador

formular uma escolha segundo sua avaliação subjetiva, ainda que por critérios objetivos. Muitos autores preferem incluir a figura dos conceitos jurídicos indeterminados no âmbito do instituto da discricionariedade.³⁵ A disputa é mais semântica do que de fundo. Cada autor adota um diferente significado para a expressão “discricionariedade”. No entanto, todos estão de acordo em que a utilização pela lei de um conceito jurídico indeterminado não autoriza decisão fundada em razões de conveniência e oportunidade. É inquestionável que a concretização do conceito jurídico indeterminado não envolve uma margem de autonomia para o aplicador escolher a solução segundo avaliações subjetivas. Por isso, os que afirmam que a discricionariedade compreende os casos de conceitos jurídicos indeterminados admitem a existência de diversas espécies de discricionariedade.

4.17 A densidade normativa mínima e a estrita legalidade

O princípio da legalidade significa a ausência de poder normativo para a Administração Pública instituir norma jurídica que não tenha sido, antes, delineada legislativamente. Como já destacado, a instituição de uma norma faz-se pela previsão de uma hipótese de incidência a que se vincula um mandamento. O princípio da legalidade impõe que uma lei tenha previsto alguns aspectos da hipótese e o núcleo do mandamento normativo. Caberá à Administração Pública complementar essa espécie de *espaço normativo em branco*, que pode ser verificado, em alguns casos, na norma editada legislativamente.

4.17.1 Legalidade simples e legalidade estrita

É possível diferenciar dois modos de manifestação do princípio da legalidade. Existe a legalidade “simples”, que implica a necessidade de lei para impor direitos e obrigações, mas que não exclui o cabimento de a lei criar competências discricionárias para reconhecimento da solução mais satisfatória e adequada, tomando em vista as circunstâncias do caso concreto.

A par disso, reconhece-se a *estrita legalidade*. Tal se passa quando a Constituição determina a regulação normativa exaustiva por via de lei e proíbe a instituição normativa da discricionariedade. Portanto, a determinação constitucional da estrita legalidade significa a supressão da competência normativa externa ao Poder Legislativo para disciplina de certo tema. Nesses casos, há a determinação constitucional de exercício exaustivo e completo pelo Legislativo da competência normativa, sem margem para complementação da disciplina por meio da atuação do Poder Executivo. Isso se passa no âmbito do direito tributário material, no

35. Para uma análise sobre o tema, confira-se RIBEIRO. Conceitos jurídicos indeterminados e atribuição de competência discricionária. *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo – ReDAc*, n. 2, p. 15-27, set./out. 2013.

tocante ao direito penal material e em todos os casos em que estiver em jogo um valor jurídico fundamental, cujo sacrifício fica na dependência de ser objeto da disciplina normativa. Trata-se de cumprir a função própria do princípio da separação de Poderes. Quando se tratar de decisões que podem acarretar eliminação total ou parcial de direitos fundamentais ou valores protegidos constitucionalmente, será necessária a produção legislativa.

Como ensina Sérvulo Correia, “quanto maior a importância do preceito, menor deverá ser a margem de liberdade por ele deixada à Administração, como executante (no plano da emissão de regulamentos, como no da prática de actos concretos), para livremente escolher pressupostos de decisão ou fixar o respectivo conteúdo”.³⁶

4.17.2 A densidade normativa mínima

Discute-se a densidade normativa mínima da lei, o que envolve a determinação por meio de lei dos elementos mínimos necessários à produção de uma norma.³⁷

O que se pretende é evitar que a regra da legalidade seja frustrada. Isso se passa quando a disciplina normativa produzida por lei é tão sumária que sua complementação por meio de um ato infralegal produz um resultado qualquer. É imperioso que a atuação legislativa traduza uma disciplina em determinado sentido. Não se admite que o legislador seja tão simplista e omissivo que a produção normativa desenvolvida pela Administração Pública produza a solução que bem lhe aprouver.

Não há defeito se a lei produzir a descrição sumária de uma hipótese e estabelecer os aspectos fundamentais do mandamento, atribuindo à Administração Pública competência para, em face das circunstâncias e tomando em vista os critérios mais apropriados, editar atos que complementem a disciplina normativa – entendendo-se por isso a enunciação das demais circunstâncias constitutivas da hipótese e dos ângulos complementares do mandamento.

Há usurpação de competência legislativa se a Administração Pública criar uma hipótese de incidência e um mandamento normativo sem que tal já estivesse previamente instituído em lei.³⁸

36. CORREIA. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 53.

37. Sobre o tema, cf. MAURER. *Direito administrativo geral*, p. 125-140.

38. Nesse sentido, Wallace Paiva Martins Júnior assevera que “a lei concessiva do poder regulador não pode ter a característica de um ‘cheque em branco’. Ainda que mediante prescrições genéricas ou conceitos indeterminados, deve precisar os parâmetros, condições, extensão e alcance daquilo que deva ser objeto da regulação” (Cf. A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência. *Revista dos Tribunais*, vol. 789, jul. 2001, p. 73).

4.18 A discricionariedade como instrumento de controle

A discricionariedade reflete a natureza funcional da competência administrativa. Produz a legitimação limitada da autonomia do aplicador das normas legais e comporta instrumentos próprios de controle.

Justamente porque a discricionariedade não equivale à criação de uma margem de autonomia privada para o governante, é incorreto assemelhar os atos praticados no exercício da discricionariedade com os atos praticados no exercício da autonomia privada. O governante está sujeito a limitações e controles em todos os seus atos, inclusive no tocante aos casos de discricionariedade.

Existem instrumentos jurídicos próprios e específicos de controle da discricionariedade, os quais são compatíveis com a natureza pública e funcional dos poderes exercitados.

4.19 O controle das decisões discricionárias: a questão do mérito

A decisão adotada no exercício da competência discricionária comporta controle, inclusive por via jurisdicional.

No Capítulo 7, estão explicitados os defeitos dos atos administrativos, cuja presença acarreta, como regra, a invalidade. Quanto a isso, não existe propriamente diferença entre os atos praticados no exercício de competência discricionária e aqueles que decorrem de competência vinculada.

É usual, no entanto, afirmar-se que o mérito do ato discricionário não comporta controle por parte do Poder Judiciário. Essa afirmativa deve ser entendida em termos. Se a competência discricionária consiste na atribuição intencional por uma lei de uma margem de autonomia para a escolha do administrador, é evidente que a escolha concretamente realizada não comporta ampla revisão por outra autoridade. Se comportasse, desapareceria a discricionariedade.

Portanto, a escolha realizada pelo administrador deve, como regra, ser reputada como insuscetível de revisão. No entanto, a discricionariedade consiste numa autonomia limitada do administrador, o que foi destacado na própria definição adotada ao início deste capítulo. Portanto, cabe o controle para verificar se o administrador escolheu nos limites da competência recebida. Defeitos formais podem ser identificados, tal como se passa, por exemplo, quando o administrador não tiver observado o procedimento administrativo necessário. Mas também existem defeitos de mérito suscetíveis de revisão. Assim se configurará, por exemplo, quando a decisão for desarrazoada, arbitrária ou destituída de qualquer aptidão a realizar de modo adequado a finalidade buscada.

Jurisprudência do STF

“Mais do que nunca, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa.

Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde” (STA 223 AgR, Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, trecho do voto do rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello, j. 14.04.2008, DJe 08.04.2014).

Jurisprudência do STJ

“O STJ tem jurisprudência firmada no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário analisar o mérito administrativo, mas somente aferir a regularidade do procedimento e a legalidade do ato de demissão. (...)” (MS 12.660/DF, 3ª S., rel. Min. Marilza Maynard, Des. convocada do TJ/SE), j. 13.08.2014, DJe 22.08.2014).

“5. Ainda que haja inércia da Administração Pública, o Poder Judiciário não pode suprir essa omissão e decidir o mérito do processo administrativo, mas apenas determinar que o procedimento seja concluído em tempo razoável. Dessa forma, até que haja a manifestação do INPI pela via direta, a única ilegalidade praticada será a inércia da Administração Pública, sendo incabível, nesse momento, a ingerência do Poder Judiciário no mérito do ato omissivo.

6. Por outro lado, os atos do INPI relacionados com o registro do alto renome de uma marca, por derivarem do exercício de uma discricionariedade técnica e vinculada, encontram-se sujeitos a controle pelo Poder Judiciário, sem que isso implique violação do princípio da separação dos poderes” (REsp 1.162.281/RJ, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 19.02.2013, DJe 25.02.2013).

“1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que, embora deva ser caso de respeitar a discricionariedade técnica na presente hipótese, é fato que a análise dos requisitos para a outorga da autorização de funcionamento de rádio comunitária não pode perdurar por tempo indeterminado, situação que configuraria verdadeira deferência ao abuso de direito, devendo ser fixado prazo para a completa análise do pedido formulado administrativamente” (AgRg no AgRg no REsp 1.043.779/SC, 2ª T., rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 13.11.2012, DJe 21.11.2012).

“5. É cediço que os atos administrativos, como soem ser as Portarias, gozam de presunção de legitimidade, mercê de, em nome da harmonia dos poderes, vedar-se a sindicância à opção do administrador, muito embora seja lícito na aferição da legalidade observar a correspondência entre a motivação e o resultado do ato, sem contudo, permitir-se ao Judiciário avaliar os critérios de adoção de determinada política econômica governamental, sob pena de ferimento do Princípio da Indepen-

dência entre os Poderes. (...) 7. *In casu*, não obstante, consoante a própria relatoria esclareceu, a Portaria foi antecedida de procedimento administrativo, consulta pública e deliberação do Grupo de análise do PPB, o que comprova que houve farta motivação do ato administrativo, cuja falta que o nulifica, pressupõe tenha surgido do 'nada', através de discricionariedade não consagrada em nenhum diploma legal, o que incorre na causa em debate" (MS 11.862/DF, 1.^a S., rel. Min. Eliana Calmon, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 22.04.2009, DJe 25.05.2009).

4.20 A rejeição à tese da sujeição especial

A adoção do princípio da legalidade no cenário de um Estado Democrático de Direito conduz à rejeição da teoria da sujeição especial.³⁹

A sujeição especial vem sendo invocada no Brasil⁴⁰ para afirmar que a natureza peculiar de certas relações jurídicas atribui à Administração Pública prerrogativas para inovar, por meio de ato administrativo, o regime jurídico em relação ao particular. Segundo essa concepção, o princípio da legalidade deveria ser interpretado de modo variado, conforme a natureza dos vínculos existentes entre o particular e o Estado. A legalidade teria configuração própria para os particulares em situação de sujeição geral, mas seria atenuada quando se tratasse de particular em situação de sujeição especial.

Segundo esse enfoque, os particulares usualmente se encontrariam numa situação de sujeição geral em face da Administração. Isso significaria a titularidade pela Administração de competências de poder de polícia⁴¹ para dispor sobre a liberdade, a propriedade e outras faculdades privadas, nos limites da lei. A sujeição geral indica essa situação genérica em que um sujeito privado se encontra em vista da Administração. Em tais hipóteses, teria de existir um fundamento legislativo para a Administração impor restrições ou encargos ao particular.

No entanto, podem existir relações jurídicas específicas, com objeto determinado, vinculando a Administração e o particular. Tal se passa, por exemplo, nos casos de relação estatutária, de contratação administrativa e de concessão de serviço público. Em tais hipóteses, a relação jurídica, instaurada a partir de um ato de consentimento do particular, compreenderia a competência estatal para estabelecer limitações e criar encargos em vista do particular.

39. O que representa uma inovação em vista do entendimento do autor. Isso importa revisão quanto ao posicionamento consagrado em outras obras anteriores.

40. Celso Antônio Bandeira de Mello é um dos precursores da utilização da teoria da sujeição especial no direito brasileiro, referindo-se à existência de uma "supremacia especial" como sinônimo da expressão "sujeição especial". A propósito, cf. *Curso de direito administrativo*, 31. ed., p. 842-847.

41. Cf. o Capítulo 9.

Assim, o servidor público, o concessionário de serviço público e o particular contratado pela Administração Pública não poderiam invocar a garantia do princípio da legalidade. Quando menos, haveria uma atenuação ao princípio da legalidade nessas hipóteses.

Rejeita-se a tese da sujeição especial pela ausência de fundamento constitucional. Não se localiza na Constituição indicativo que permita afirmar que alguns indivíduos, por se encontrarem em situação de relação peculiar e diferencial, deixariam de ser albergados pela proteção constitucional genérica do princípio da legalidade. No mínimo, deve existir um fundamento normativo prévio, ainda que se configure como um ato administrativo ao qual o particular venha a aderir.

Observe-se, aliás, ser essa a tendência do próprio direito alemão, no qual surgiu a concepção da sujeição especial. Nesse sentido, pode-se lembrar a opinião de Schmidt-Assmann no sentido de que a submissão da atividade administrativa ao campo de reserva de lei decorre da chamada “*sensibilização do Direito administrativo pelos direitos fundamentais...* Em algumas ocasiões, tratava-se de superar velhos dogmas que não resultavam já compatíveis com as grandes ideias sobre as que repousa a Lei Fundamental. O exemplo mais notório é o da superação das chamadas *relações de sujeição especial*, que determinou a necessidade, em particular, de proceder a uma exaustiva regulação e estruturação legal do Direito escolar”.⁴²

A teoria da sujeição especial apenas pode significar a existência de competências criadas, disciplinadas e delimitadas pela lei. Não autoriza a Administração Pública a atuar sem apoio na lei. Logo, a sujeição especial se traduz, pura e simplesmente, numa questão de discricionariedade. Não se vislumbra um conteúdo próprio e autônomo para o conceito de *sujeição especial*, diverso do conceito de discricionariedade.

Portanto, em todos os casos, cabe aludir apenas à discricionariedade, o que significa negar a competência para a autoridade administrativa instituir deveres e criar direitos de modo inovador e original, dispensando a existência prévia de uma lei ou da própria Constituição.

42. SCHMIDT-ASSMANN. *La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, p. 199-200, tradução livre.