

Gustavo Binenbojm

UMA TEORIA  
DO DIREITO  
ADMINISTRATIVO

Direitos Fundamentais, Democracia  
e Constitucionalização

3ª Edição  
Revista e Atualizada

RENOVAR

## CAPÍTULO IV

# A CRISE DA LEI: DA LEGALIDADE COMO VINCULAÇÃO POSITIVA À LEI AO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA

*"Se o velho Estado de Direito do liberalismo fazia o culto da lei, o novo Estado de Direito do nosso tempo faz o culto da Constituição."* (Paulo Bonavides)<sup>238</sup>

### IV.1. O desprestígio do legislador e a crise da lei formal: um fenômeno universal.

A crise da lei é hoje um fenômeno quase tão universal quanto a própria proclamação do princípio da legalidade como o grande instrumento regulativo da vida social nas democracias constitucionais contemporâneas. Ao ângulo *estrutural*, a crise da lei confunde-se com a crise da representação e, mais especificamente, com a crise de legitimidade dos parlamentos. Ao ângulo *funcional*, a crise da lei é a própria crise da ideia de legalidade como parâmetro de conduta exigível de particulares e do próprio Estado. Hoje não mais se crê na lei como expressão da vontade geral, nem mais se a tem como principal padrão de comportamento reitor da vida pública ou privada.

---

<sup>238</sup> Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 1996, p. 362.

Se a promessa de racionalização do mundo, aspiração mais alentada da modernidade, jamais chegou a realizar-se completamente, no plano da organização das sociedades políticas, essa promessa foi frustrada, em larga medida, pelo fracasso da lei formal como projeto jurídico-político. Tal crise é perceptível em todos os países, sendo todavia mais evidente em Estados ligados à tradição jurídica romano-germânica, nos quais a lei escrita — produto da vontade manifestada por representantes eleitos pelo povo — sempre se reservou o papel de protagonista da criação do direito.

Não há disciplina jurídica sobre a qual o fenômeno da crise da lei não haja espriado seus efeitos. Inobstante, cuidar-se-á aqui, com especial ênfase e de modo específico, das repercussões da crise da lei sobre o princípio da vinculação administrativa à legalidade, entendido classicamente como uma *vinculação positiva à lei*, bem como de suas transformações sob a égide do Estado democrático de direito.

É um truísmo afirmar-se que a *lei formal*,<sup>239</sup> no seu sentido liberal clássico, está em crise. A assertiva é especialmente recorrente na literatura do direito público contemporâneo. A obviedade da afirmação, contudo, não torna prescindível a compreensão de suas razões. É entendendo o que se passou com a *lei*, classicamente concebida como a manifestação, por excelência, da vontade geral do povo (indispensável, portanto, para legitimar a atuação da Administração Pública), que será possível constatar a necessidade de um novo paradigma legitimador do direito administrativo e identificar o seu conteúdo.

A lei, no pensamento liberal iluminista, era um produto da razão, emanada dos representantes da sociedade e capaz de regular todo e qualquer assunto relevante, constituindo-se na mais impor-

---

239 *Lei formal* é o ato emanado das entidades às quais a Constituição atribua função legislativa. É o ato do Parlamento por excelência, no sentido liberal clássico (v. Miguel Seabra Fagundes. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 7ª ed., atualizada por Gustavo Binbenjy, 2005, p. 25). Já a *lei em sentido material* "é o ato jurídico emanado do Estado com caráter de norma geral abstrata e obrigatória, tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva" (p. 22). Como destacada acima, a crise atual é fundamentalmente a da lei em sentido formal, porquanto há outras fontes do direito que vão ganhando o espaço deixado pela lei, conforme se desenvolverá adiante.

tante fonte do direito, notadamente na Europa, onde o constitucionalismo só tomou força após a Segunda Grande Guerra.

Na Europa, onde tardou o desenvolvimento do controle da constitucionalidade das leis, “desenvolveu-se um positivismo legalista que conduziu a uma quase divinização da lei”<sup>240</sup>: não havia limites para a atuação do legislador e os juízes e administradores eram meros repetidores do texto legal, numa clara adoção do pensamento de Montesquieu. A função administrativa, neste ambiente, é resumida através da máxima segundo a qual “administrar é aplicar a lei de ofício.”<sup>241</sup>

Foi exatamente esta visão liberal idealista e mitificadora que sucumbiu. De fato, a lei não foi capaz de atender às demandas de que ela própria pretendia tratar no Estado liberal, sendo, ainda mais, inábil a responder aos anseios do Estado providência. Em um esforço didático, é possível enumerar cinco razões básicas da crise da lei em geral e da legalidade administrativa, em particular.<sup>242</sup>

A *primeira* dessas razões, de ordem fática, é a proliferação ou *inflação legislativa*. O excesso de leis é uma realidade em todas as nações civilizadas, notadamente nos países de tradição romano-germânica. O mito positivista de completude do ordenamento ju-

---

240 Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2003, p. 153.

241 As palavras, tão citadas na literatura publicística brasileira ao longo da segunda metade do século XX, são de M. Seabra Fagundes. Todavia, deve-se ressaltar que a definição do grande administrativista brasileiro foi citada, via de regra, fora de seu contexto original. Com efeito, conforme anotamos em nota do atualizador na 7ª edição (2005) do clássico *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário* (p. 5, N. A.: DOUT 1), a adoção indiscriminada do conceito de função administrativa de M. Seabra Fagundes, como sendo a aplicação da lei de ofício, não está levando em conta, na arguta observação de Antônio Carlos Cintra do Amaral, que “quando o ilustre jurista brasileiro formulou essa definição teve por objeto distinguir a função administrativa da função jurisdicional” e não simplesmente limitar a função administrativa a uma atuação mecânica (*Validade e Invalidez do Ato Administrativo*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ — Centro de Atualização Jurídica, v. I, n.º. 8, novembro, 2001, p. 3. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>).

242 É interessante registrar que, na Europa, aponta-se como razão para o desprestígio da lei formal a ascensão do Direito Comunitário, falando-se em verdadeira substituição da lei pelos regulamentos e diretivas da União Européia. V. Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2003, p. 743.

rídico,<sup>243</sup> aliado ao aumento significativo das funções do Estado social, inspirou os parlamentos a tratarem de qualquer assunto, sendo corolário deste movimento a noção (muito evidente no senso comum) de que a lei seria apta a resolver todos os problemas sociais.<sup>244</sup> Banalizou-se a lei, o que fez com que se esvaziasse o sentimento de respeito que se lhe nutriu no período iluminista. Com a inflação legislativa, a norma do parlamento, inevitavelmente, “perde a sua majestade”.<sup>245</sup>

É impossível o conhecimento pleno da legislação, sendo certo, também, que a complexidade das leis, consequência da complexidade das questões que regula, torna ainda mais difícil a sua compreensão.<sup>246</sup> Conforme Eros Roberto Grau, a *inflação normativa* “coloca os ideais de segurança e certeza jurídica sob comprometimento”,<sup>247</sup> o que faz naufragar, de uma vez por todas, a esperança de estabilidade das relações sociais prometida pelo discurso legalista.

Uma *segunda* razão que contribuiu significativamente para a perda da importância da lei foi a constatação histórica de que esta pode, muito além de veicular a injustiça, ser fundamento para a barbárie.<sup>248</sup>

Numa concepção rousseauiana, toda lei é válida independentemente de seu conteúdo, desde que reúna a um só tempo a generalidade da vontade e do seu próprio objeto.<sup>249</sup> É, portanto,

---

243 A doutrina positivista da completude tem como premissa a existência de lacunas do ordenamento jurídico, o que, pode-se dizer, gera o impulso legislativo de sobre tudo dispor, num esforço infrutífero de que não haja matéria não regulada. Sobre a completude do ordenamento jurídico na doutrina positivista, v. Norberto Bobbio, *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito* (trad. Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues), 1995, p. 207.

244 A ideia de que a lei pode regular todas as questões sociais relevantes poderia até não ser uma *utopia* no Estado liberal. Mas, tal noção, desde Estado social, muito além de ser utópica, é absurda e indesejável.

245 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O Princípio da Legalidade*, in *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 10, 1977, p. 17.

246 Almiro do Couto e Silva, *O Princípio da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*, *Revista de Direito Público* nº 84, 1987, p. 53.

247 Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 2000, p. 187.

248 Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, 2003, p. 99.

249 Nuno Piçarra, *O Princípio da Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, 1989, p. 131.

despiciendo questionar a justiça de uma lei (dotada de generalidade e abstração), que foi aprovada conforme a vontade geral, pois, nesta ótica, a lei “não é senão o registro da vontade de cada cidadão que participou de sua feitura, e ninguém é injusto consigo próprio.”<sup>250</sup> Este formalismo tem seu apogeu no positivismo normativista, com a ideia de que toda lei é válida, desde que em conformidade com uma lei hierarquicamente superior, num escalonamento que termina numa norma fundamental (acima da Constituição) de conteúdo abstrato.<sup>251</sup>

É irrefutável a constatação de que os critérios formais de validade do direito acabaram por legitimar as maiores iniquidades do século XX. De fato, quando se pensava ter-se alcançado o mais elevado grau de desenvolvimento da civilização ocidental, a lei, expressão da vontade geral cujo conteúdo independe de maiores questionamentos, foi capaz de legitimar as práticas nazi-fascistas, que criaram talvez a maior cicatriz da história do século passado. A constatação de que a lei é insuficiente para trazer justiça e liberdade<sup>252</sup> fez com que ela perdesse a aura de superioridade moral que havia incorporado com a Revolução Francesa.<sup>253</sup> Louis Favoreu<sup>254</sup> fala, neste sentido, numa “*dessacralização da lei*”, pois a história provou que ela pode ser o veículo da injustiça e da falta de liberdade.

Uma *terceira* razão que contribui significativamente para o esvaziamento da legalidade é a de que a lei deixou de ser a principal e mais importante forma de manifestação da vontade geral do povo. O constitucionalismo é o grande vitorioso diante do colapso do legalismo. Diante do fracasso da lei, notadamente no segundo

---

250 Nuno Piçarra, *O Princípio da Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, 1989, p. 131.

251 V. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 1998. V. tb. Norberto Bobbio, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 1997, p. 58 e ss.

252 Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 2000, p. 173. V. tb. Alexandre Santos de Aragão, *Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo*, Revista de Direito Administrativo nº 225, 2001, p. 118.

253 Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, 2003, p. 99.

254 Louis Favoreu, *A Evolução e a Mutação do Direito Constitucional Francês*, in *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, 1999, p. 215.

pós-guerra, as esperanças de garantia da liberdade e da justiça passam a ser depositadas no constitucionalismo. Com efeito, a Constituição, enquanto sistema de princípios (expressão deontológica de valores), ganha destaque como norma jurídica, irradiando seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, que apenas poderá ser compreendido a partir da própria normativa constitucional, passando-se a falar numa *constitucionalização do direito*.<sup>255</sup>

A reboque do triunfo constitucionalista, a lei perde importância diante do largo desenvolvimento de sofisticados meios de controle da constitucionalidade dos atos legislativos. A lei perde o seu protagonismo na criação do direito na medida em que se torna mais um dentre os diversos princípios que compõem o sistema constitucional. Realmente, nada mais demonstra a erosão do mito da lei que a difusão de tribunais e órgãos constitucionais mundo afora (de viés mais acentuadamente jurisdicional ou mais marcadamente político), inclusive na França, berço do legalismo.<sup>256</sup>

A superioridade formal e a ascendência axiológica da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico produzem uma importantíssima modificação no direito administrativo: a lei é substituída pela Constituição como a principal fonte desta disciplina jurídica.<sup>257</sup> A reserva vertical de lei foi substituída por uma reserva vertical de Constituição.<sup>258</sup> A Constituição passa a figurar como norma diretamente habilitadora da atuação administrativa, havendo

---

255 V. Luís Roberto Barroso, *Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito*, Revista de Direito Administrativo nº 240, 2005, p. 1/42. Sobre o tema, v. Capítulo II, *supra*.

256 É verdade que, na França, o controle da constitucionalidade das leis é feito pelo Conselho Constitucional no bojo do processo legislativo. O controle é, assim, prévio, anterior à promulgação das leis. Não obstante, é inegável que a Constituição francesa de 1958 criou, na expressão de Cappelletti, a propósito da fixação das competências legislativas e regulamentares, um "*whatchdog*", um cão de guarda, capaz de garantir a sua própria primazia (Mauro Cappelletti, *Loi et Règlement en Droit Comparé: partage de compétences et contrôle de constitutionnalité*, in *Le domaine de la loi et du règlement*, 2 ed., coord. Louis Favoreu, 1981, p. 249).

257 Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2003, p. 733. V. maiores desenvolvimentos da questão no Capítulo II, *supra*.

258 J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2002, p. 834.

uma verdadeira “osmose entre a Constituição e a lei”.<sup>259</sup> Pode-se, assim, dizer, com Canotilho, que se abre caminho para “*uma legalidade sem lei*”.<sup>260</sup>

Com efeito, a Constituição se presta (i) não só como norma direta e imediatamente *habilitadora de competências* administrativas, como também (ii) serve de *critério imediato de decisão* administrativa.<sup>261</sup> A Constituição, porém, não só é fonte direta de habilitação de competências administrativas, funcionando também como *critério imediato da tomada de decisões pelo administrador*. Neste aspecto, evidencia-se a constitucionalização do direito administrativo, numa clara limitação dos espaços discricionários da Administração Pública, que se devem pautar não apenas pela finalidade legal, como também pelos fins constitucionais.

O administrador público, por seu turno, é valorizado, pois se torna um aplicador direto da Constituição e não apenas da lei, como tradicionalmente concebido. Assim, por exemplo, diante de uma determinada tomada de decisão discricionária, deverá ter preferência a alternativa que melhor atenda aos princípios da moralidade ou da eficiência (art. 37, *caput*), podendo ser ainda necessário que tais princípios sejam ponderados, o que esvazia significativamente o espaço de conveniência e oportunidade administrativas. Além disso, já não é de hoje que se entende existir o dever da Chefia do Poder Executivo em negar aplicação a lei reputada inconstitucional, por decisão auto-executória (daí não haver aplicação cega, de ofício, da lei).<sup>262</sup>

Conforme lição de Paulo Otero, a opção administrativa está vinculada diretamente à “concretização prioritária e prevalecte dos interesses definidos pelo texto constitucional”, pois os mesmos são “tarefas fundamentais do Estado, servindo a Constituição de

---

259 Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2003, p. 735.

260 J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2002, 834.

261 Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2003, p. 735.

262 V. Luís Roberto Barroso, *Norma incompatível com a Constituição. Não aplicação pelo Poder Executivo, independentemente de pronunciamento judicial. Legitimidade*, Revista de Direito Administrativo nº 181/182, p. 387 e ss.; V. tb. Gustavo Binenbojm, *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*, 2004, p. 232 e ss.



referencial normativo imediato da actuação administrativa e critério aferidor da respectiva validade".<sup>263</sup> É neste contexto que ganham significativo destaque os direitos fundamentais, que pautarão a administração pública, existindo ou não lei. Diante do elevado papel dos direitos fundamentais e de sua irradiação no direito administrativo, Paulo Otero<sup>264</sup> enumera quatro ilações, cuja transcrição é bastante pertinente:

*"(1) Na falta ou ausência de lei, os órgãos administrativos encontram-se adstritos a implementar e aplicar tais normas no exercício da respectiva actividade;*

*(2) Mesmo existindo lei, as normas constitucionais em causa surgem como critério orientador imediato da interpretação, integração e aplicação de todos os actos infraconstitucionais por parte da Administração Pública, especialmente no âmbito do exercício de poderes discricionários, concretização de conceitos indeterminados ou preenchimento de cláusulas gerais;*

*(3) Perante leis ostensivamente violadoras de tais direitos fundamentais, a Administração Pública encontra-se vinculada a preferir a Constituição à lei, desaplicando as respectivas leis feridas de inconstitucionalidade (...);*

*(4) A violação administrativa do conteúdo essencial de um direito fundamental acarreta sempre a nulidade dos respectivos atos jurídicos, expressando uma manifestação da especial vinculatividade directa e imediata dos órgãos administrativos às normas de direitos fundamentais."*

Em uma palavra: a atuação administrativa só será válida, legítima e justificável quando condizente, muito além da simples legalidade, com o sistema de princípios e regras delineado na Constituição, de maneira geral, e com os direitos fundamentais, em particular.

Uma quarta razão para a crise da lei formal decorre do fato de assistir-se atualmente à criação de uma série de atos normativos infraconstitucionais capazes de, por si próprios, servirem de funda-

---

263 Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2003, p. 740.

264 Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2003, p. 741.

mento à atuação administrativa. Assim como a Constituição tomou o espaço da lei, outros atos normativos, diversos da lei, servem de fundamento para a administração pública. É assim que, conforme Eros Roberto Grau, “a legalidade será observada ainda que a função normativa seja desenvolvida não apenas pelo Poder Legislativo”.<sup>265</sup> Neste sentido, a própria Constituição: (i) cria amplo espaço normativo primário para o Poder Executivo,<sup>266</sup> que poderá legislar através de medidas provisórias ou leis delegadas (arts. 62 e 68); (ii) estabelece campo regulamentar autônomo no que se refere à organização e funcionamento da Administração Pública quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos (art. 84, VI, a).<sup>267</sup>

Ademais, a própria lei parece furtar-se muitas vezes à tarefa de regular pormenorizadamente determinadas matérias, deixando ao regulamento, tanto do Presidente da República (art. 84, IV, CF) quanto de autoridades administrativas independentes, largo campo de conformação, sendo paradigmática dessa “quase delegação” legislativa, a doutrina da deslegalização que vem ganhando destaque no Brasil. Como aponta Patrícia Baptista,<sup>268</sup> a deslegalização é “um dos mais claros sinais da erosão da lei formal como condição da atuação administrativa”.

A lei não é mais o instrumento normativo que condiciona e legitima *toda* a atuação administrativa. Daí o movimento, tanto da Constituição quanto do próprio legislador, no sentido de estabelecer novas esferas de normatização dotadas da devida celeridade. Este clamor por velocidade e eficiência é bastante explícito no direito administrativo econômico, preocupado com uma eficiente atuação regulatória do Estado.<sup>269</sup>

---

265 Eros Roberto Garu, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 2002, p. 179.

266 Sobre as atribuições legislativas do Poder Executivo: Clèmerson Merlin Clève, *Atividade Legislativa do Poder Executivo*, 2000.

267 Na lição de Eduardo García de Enterría, que se aplica perfeitamente ao Brasil, “a lei não é a única origem do direito para o sistema constitucional” (*Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, 1ª reimpressão, 1986, p. 93).

268 Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, 2003, p. 103. O tema da deslegalização é aprofundado no capítulo VI, no bojo da discussão sobre as agências reguladoras independentes.

269 Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, 2003, p. 101. Com a uma concepção de legalidade compatível com o Estado regulador, v. Ale-

De fato, no exercício da função regulatória o Estado deve estar preparado para as inúmeras questões de ordem técnica que devem ser prontamente atendidas. Não sendo a lei formal e a estrutura parlamentar — com o seu moroso processo legislativo — capazes de tratar dessas questões de maneira adequada, resta ao Administrador fazê-lo. É absolutamente impossível (e indesejável) que todas as múltiplas atribuições e necessidade de decisões administrativas regulatórias pudessem estar previamente determinadas pela lei. Daí a fixação de atribuições normativas diretas para o Poder Executivo, distribuídas por suas múltiplas estruturas.

Por outro lado, apresentando-se, finalmente, a *quinta razão* da crise da legalidade liberal, é de se verificar que, quando o Executivo não tem a atribuição normativa de que necessita, não resta ao Legislativo muito espaço de atuação independente. Com efeito, é uma realidade dos Estados de raiz ocidental o fato de que, em larga medida, o Executivo controla o processo legislativo,<sup>270</sup> seja por meios legítimos, seja por métodos menos nobres,<sup>271</sup> tanto no sistema parlamentarista, como no presidencialista.

Tal controle, já com os olhos no caso brasileiro, dá-se fundamentalmente de três modos: (i) através de reservas de iniciativa legislativa de matérias relevantes, com a vedação, inclusive, de emendas parlamentares que impliquem aumento de despesa (v. art. 61, § 1º, e art. 63 CF); (ii) a possibilidade de trancamento da pauta de deliberações do Congresso Nacional por ato da Chefia do Executivo (art. 64, §§ 1º e 2º, CF), o que pode ocorrer, ainda, automaticamente, no caso de medida provisória não apreciada pelo Poder Legislativo em até quarenta e cinco dias de sua publicação (art. 62, § 6º, CF, inserido pela EC nº 32/2001); e (iii) através da formação de sólidas bases parlamentares, capazes de aprovar qualquer projeto de interesse governamental.<sup>272</sup> Todos estes expedientes acabam por limitar sensivelmente a importância do Legislativo enquanto órgão normatizador por excelência, esvaziando-se de veras o sentido da lei formal, como ato essencialmente criado para limitar a atuação administrativa.

---

xandre Santos de Aragão, *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2002, p. 396 e ss.

270 Paul Craig, *Administrative law*. Londres: Sweet & Maxwell, p. 76 e ss.

271 Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, 2003, p. 99.

272 Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, 2003, p. 99.

O direito administrativo contemporâneo é, portanto, em boa parte, fruto da competência normativa direta do Executivo, ou de leis editada pelo Parlamento que foram propostas, votadas e aprovadas conforme o interesse e a conveniência da Chefia do Executivo. Assim como nas origens históricas do direito administrativo, vê-se que é a própria Administração (entendida aqui como Poder Executivo) quem tem o controle dos instrumentos de sua própria vinculação. Aliás, no modelo brasileiro, que se pode denominar de *presidencialismo de coalizão*, é lugar comum dizer-se não ser possível governar sem ampla maioria parlamentar (inclusive para alterar a Constituição), assistindo-se no país a uma inesgotável criatividade e heterogeneidade de alianças partidárias. A separação de poderes e a legalidade perdem o sentido clássico.

É interessante anotar que Karl Loewenstein já asseverava a seu tempo que “nada mostra mais claramente a superação da tradicional ‘separação de poderes’ que a posição do Governo no processo legislativo (...) em lugar de estar excluído do processo legislativo, o governo está inseparavelmente unido a ele”.<sup>273</sup> Ressalte-se que é universal o fenômeno da participação ativa do Executivo no processo legislativo, sendo que quase todas as Constituições conferem à Chefia daquele Poder atribuição para iniciativa de lei e, quando não há previsão formal, o Executivo o faz indiretamente, como nos Estados Unidos.<sup>274</sup>

Assim, em regra, nem quando a lei em vigor, condicionadora da atuação do Poder Público, é fruto da iniciativa do Parlamento, pode-se dizer que a Administração Pública esteja vinculada externamente, sendo, quando muito, uma hipótese de *autovinculação*. Isto porque a prática tem mostrado que o próprio governo costuma reger o processo legislativo, invertendo o sentido clássico da separação de Poderes.

Para concluir este ponto, é bastante pertinente a transcrição de arguta observação de Paulo Otero, a qual, apesar de ter como parâmetro o modelo parlamentarista português, serve bem para ilustrar o que se passa no Brasil:

---

273 Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, 1965, p. 268/269.

274 Clèmerson Merlin Clève, *Atividade Legislativa do Poder Executivo*, 2000, p. 102.

*"A unidade do poder político gerada por uma maioria parlamentar fiel ao chefe do executivo torna nominais todas as normas constitucionais definidoras de esferas de repartição do poder legislativo ou de responsabilidade política governamental perante o parlamento: o sentido resultante das leis de autorização legislativa do parlamento, visando vincular o executivo no exercício do poder legislativo delegado, é uma mera formalidade, tal como a própria existência de matérias reservadas à decisão da maioria parlamentar apenas se configura como uma regra de distribuição de funções dentro do único bloco político-decisório, observando-se que mesmo a sorte das moções de censura a um executivo maioritário se encontra sempre antecipadamente determinada. (...) A legalidade administrativa vinculativa da Administração Pública é, cada vez mais, o simples produto da vontade política do executivo que é imposta ao parlamento pela sua maioria partidária ou, em alternativa, é emanada pelo próprio executivo no exercício de poderes legislativos."*<sup>275</sup> (negritos acrescentados).

Pois bem. Feito este breve apanhado histórico sobre as razões da crise da lei formal, cumpre descrever como a legalidade administrativa percorreu esse itinerário em suas especificidades, por que transformações passou e sob que renovadas formas aparece no constitucionalismo contemporâneo.

#### IV.2. Os caminhos da legalidade administrativa: os sentidos da vinculação da Administração à juridicidade.

A primeira concepção da legalidade administrativa, do ponto de vista cronológico, surgiu de uma analogia entre o ato administrativo e a sentença judicial. Segundo esse entendimento, o ato administrativo se constituiria em uma mera particularização dos mandamentos genéricos e abstratos veiculados na lei, em sua atuação concreta. Otto Mayer observou argutamente que tal noção de ato administrativo surgiu por analogia ao conceito que os juristas integrantes das assembleias e quadros revolucionários franceses tinham

---

<sup>275</sup> Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2003, p. 146 (grifo nosso).

da sentença judicial aplicativa da lei.<sup>276</sup> E assim foi que se forjou o conceito-chave de ato administrativo como declaração concreta de vontade com a qual a Administração Pública particulariza e aplica uma previsão normativa geral.

Por seu distanciamento olímpico da realidade, tal conceito não tardou a cair em desuso. Com efeito, se mesmo em relação à decisão judicial a ideia da vinculação total e mecânica à lei soa hoje como fantasiosa ou cerebrina, no que toca aos atos administrativos, por ainda maior razão, sua invocação sem ressalvas é simplesmente equivocada. É que a noção de legalidade administrativa (entendida como vinculação à lei formal) não apenas é *inapta* a alcançar *perfor-maticamente* toda a atividade da Administração, como, mais que isso, não deve *pretender* alcançá-la.

Deveras, conforme logo notado pela doutrina alemã (Stahl e Meyer-Anschütz, por exemplo), as diferentes funções e formas de investidura dos membros de cada Poder justificavam tipos distintos de vinculação à legalidade. Assim, enquanto a função básica do juiz era a de aplicar a lei ao caso concreto submetido ao seu conhecimento, a Administração tinha papel bem mais amplo e variado, de realizar os diversos fins públicos materiais, dentro dos limites traçados pela lei. De outra banda, a atuação administrativa, por sua natural ligação (direta ou indireta) aos agentes políticos eleitos, estaria legitimada a um maior âmbito de liberdade decisória na realização do *interesse público*, enquanto ao Judiciário falecia esse lastro de legitimidade política.

Deste modo, enquanto ao juiz só seria dado agir por aplicação direta da lei, o administrador poderia fazer não apenas aquilo que a lei expressamente autorizasse, senão também aquilo que a lei não proibisse.<sup>277</sup> A legalidade administrativa assume, assim, a feição de uma *vinculação negativa à lei*, erigindo-se a noção de discricionariedade administrativa como o poder conferido à Administração para agir nos espaços livres da regulamentação da lei. Data também dessa época um corolário da confusão entre a *lei* e o *direito*: a ideia

---

276 Otto Mayer, *Derecho Administrativo Alemán*, tomo I, parte geral, 1949, p. 37; no mesmo sentido, Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 1999, p. 436.

277 Essa é a definição de legalidade administrativa oferecida por Meyer-Anschütz, conforme registrado por Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 1999, p. 437.

da discricionariedade qual um poder administrativo *externo* ao próprio ordenamento jurídico e fundado na autonomia decorrente da personalização da Administração Pública.<sup>278</sup>

Se se levar em conta que (i) o regramento legal integral dos atos administrativos sempre foi a exceção, e não a regra; e que (ii) nos espaços de liberdade deixados pela lei a atuação da Administração era tida por insuscetível de qualquer controle jurisdicional, é possível concluir que a legalidade administrativa, entendida como sujeição da Administração à lei, operava somente em uma *franja estreitíssima* da sua atividade, uma vez que a porção mais substancial desta última restava completamente à margem da legalidade e da correspondente fiscalização jurisdicional.

García de Enterría enxerga, aqui, um *eco histórico* do princípio monárquico, que pretende derivar da condição de Chefe do Poder Executivo, ostentada pelo monarca, uma original liberdade de determinação para organizar e conformar o funcionamento da Administração Pública, independentemente de qualquer disposição legal.<sup>279</sup> A doutrina da *negative Bindung* — a vinculação negativa à lei — encontrou, assim, na tradição monárquica, terreno fértil para germinar e propagar-se por toda a Europa continental, prevalecendo como concepção dominante até o primeiro pós-guerra.

Foi apenas com o aparecimento do positivismo normativista — notadamente nas obras de Kelsen e de Merkl, este último o maior administrativista kelseniano — que se desenvolveu uma reação sistemática a essa deficiente noção da legalidade administrativa. De fato, consoante a concepção kelseniana, nenhum poder estatal poderia ser externo ao direito; é dizer, todo poder legítimo seria necessariamente um *poder jurídico*, no sentido de tratar-se sempre de um desenvolvimento de atribuição normativa precedente.

Em sua conhecida formulação sobre a estrutura do ordenamento jurídico, Kelsen concebe-o como um sistema escalonado e hierarquizado, em que a norma de escalão inferior tem seu fundamento de validade na norma de escalão superior. Seguindo uma direção ascendente, da base rumo ao topo da *pirâmide normativa*, a sentença judicial e o ato administrativo (normas para o caso concreto)

---

278 Para um estudo aprofundado da origem e do desenvolvimento do instituto da discricionariedade administrativa, v. Capítulo V, *infra*.

279 Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 1999, p. 438.

teriam fundamento de validade na lei (norma geral), enquanto a lei encontraria seu fundamento de validade na Constituição (norma superior que representa o escalão de direito positivo mais elevado). Como fundamento de validade último do ordenamento jurídico, situada no vértice da pirâmide, Kelsen concebe uma *norma fundamental*, que não é *posta* enquanto norma de direito positivo, mas *pressuposta*.<sup>280</sup> Para distingui-la da Constituição em sentido jurídico-positivo, o autor a designa como "*Constituição em sentido lógico-jurídico*",<sup>281</sup> cujo preceito seria o seguinte: as normas elaboradas de acordo com a Constituição devem ser cumpridas.<sup>282</sup>

Partindo-se de uma guinada de visão da pirâmide normativa de cima para baixo, inversa àquela empreendida acima, pode-se dizer que a norma superior regula a *forma de produção* da norma inferior.<sup>283</sup> A Constituição estabelece, assim, o *processo* pelo qual as leis serão produzidas e, eventualmente, o *conteúdo* que haverão de ostentar. O mesmo fenômeno acontece entre as leis e as sentenças judiciais ou os atos administrativos, numa relação de determinação ou vinculação. Essa relação de determinação, entretanto, nunca é completa — quem o afirma é o próprio Kelsen<sup>284</sup> —, pois a norma de escalão superior não pode vincular em todas as direções e sob todos os aspectos o ato através do qual é aplicada, seja ele uma lei, um ato administrativo ou uma decisão judicial.

---

280 Somente com a versão revista e ampliada da *Teoria Pura do Direito* (1960), Kelsen deixará de procurar num fato empírico o fundamento de validade da Constituição como norma fundamental da ordem jurídica, passando a afirmar que essa *norma fundamental* deverá ser *pressuposta*, visto não poder ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma mais elevada, em uma regressão infinita. V. António Braz Teixeira, *Sentido e Valor do Direito — Introdução à Filosofia Jurídica*, 1990, p. 80.

281 Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 1987, p. 211.

282 Norberto Bobbio assim sintetiza a ideia de *norma fundamental*: "Dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor, portanto, uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas: *essa norma é a norma fundamental* (...) O fato de essa norma não ser expressa não significa que não exista: a ela nos referimos como o fundamento subentendido da legitimidade de todo o sistema" (*Teoria do Ordenamento Jurídico*, 1997, p. 58/60). O exame aprofundado dos múltiplos e possíveis significados da norma fundamental na obra de Kelsen transcende ao objeto do presente estudo.

283 Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 1987, p. 240 e ss.

284 Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 1987, p. 364.



Existe, assim, uma relativa e inevitável *indeterminação* permeando os sucessivos atos de realização do direito. E tal indeterminação pode decorrer de uma deliberação intencional do órgão que editou a norma a aplicar ou de uma circunstância não-intencional, como a plurivocidade de palavras e expressões normativas, que oferecem ao intérprete várias significações possíveis. Deste modo, segundo Kelsen, “o Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”.<sup>285</sup>

Deste modo, na medida em que a Administração Pública está inserida em uma dessas etapas da *produção jurídica*, sua atuação não se pode justificar senão como uma *concretização paulatina e gradual* de normas jurídicas precedentes. E isso ocorre tanto quando a Administração edita regulamentos, com fundamento na lei ou diretamente na Constituição, como quando desce aos últimos graus de concretude, praticando atos administrativos singulares ou atos de mera execução material.

Afirmou-se, a partir daí, a doutrina da *positive Bindung* — vinculação positiva à lei —, consubstanciada no art. 18 da Constituição austríaca de 1920, produzida sob a influência decisiva de Kelsen, segundo o qual a Administração Pública não poderia atuar senão *auf Grund der Gesetze*, isto é, tendo a lei por fundamento.

Pois bem. Está assente, portanto, que a ideia de *vinculação negativa à lei* só se revela adequada para reger a vida dos particulares, uma vez que, para estes, a autonomia (expressão de sua dignidade) deve ser a regra geral da sua conduta, apenas limitada *externamente* pela legalidade. Para o Estado, contudo, tal ideia mostra-se inadequada, já que aquele não existe como um fim em si mesmo, mas como um instrumento erigido democraticamente, por intermédio do direito, para realizar as finalidades que lhe forem ditadas pela sociedade política. Neste sentido é que se afirma a subordinação do Estado ao ordenamento jurídico, não apenas como um *limite externo*, mas também como uma *condição* ou *fundamento* da ação estatal.

---

285 Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 1987, p. 366.

Contudo, pelas razões já estudadas acima, atinentes à crise da lei formal, assim como em virtude da emergência do *neoconstitucionalismo*, não mais se pode pretender explicar as relações da Administração Pública com o ordenamento jurídico à base de uma estrita *vinculação positiva à lei*. Com efeito, a vinculação da atividade administrativa ao direito não obedece a um esquema único, nem se reduz a um tipo específico de norma jurídica — a lei formal. Essa vinculação, ao revés, dá-se em relação ao ordenamento jurídico como uma *unidade* (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais), expressando-se em *diferentes graus* e *distintos tipos de normas*, conforme a disciplina estabelecida na matriz constitucional.

A vinculação da Administração não se circunscreve, portanto, à lei formal, mas a esse *bloco de legalidade* (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico), a que aludia Hauriou, que encontra melhor enunciação, para os dias de hoje, no que Merkl chamou de *princípio da juridicidade administrativa*.<sup>286</sup> Foi essa a influência que determinou a inserção, no art. 20, § 3º, da Lei Fundamental de Bonn, da vinculação do Poder Executivo e dos Tribunais à lei e ao direito (*sind an Gesetze und Recht gebunden*).<sup>287</sup> Tal ideia, de vinculação ao direito não plasmado na lei, marca a superação do positivismo legalista e abre caminho para a um modelo jurídico baseado em princípios e regras, e não apenas nestas últimas.

Assim, com a crise da lei formal, a Constituição — seu complexo sistema de princípios e regras — passa a ser o elo de unidade a *costurar* todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode ocorrer com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade.

---

286 Adolf Merkl, *Teoría General de Derecho Administrativo*, 1935, p. 132 e ss.

287 A influência do constitucionalismo tedesco foi determinante na formulação do art. 103, 1, da Constituição espanhola de 1978, segundo o qual “A Administração Pública serve com objetividade aos interesses gerais e atua de acordo com os princípios da eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, com submissão plena à lei e ao direito.” (tradução livre) Já o art. 266, 2, da Constituição portuguesa de 1976, dispõe que “os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar com justiça e imparcialidade no exercício de suas funções”.

Tal postura científica assenta na superação do dogma da imprescindibilidade da lei para *mediar* a relação entre a Constituição e a Administração Pública. Com efeito, em vez de a eficácia operativa das normas constitucionais — especialmente as instituidoras de princípios e definidoras de direitos fundamentais — depender sempre da lei para vincular o administrador, tem-se hoje a Constituição como fundamento primeiro do agir administrativo. Como afirma Canotilho, “a reserva vertical da lei foi substituída por uma reserva vertical da Constituição”.<sup>288</sup>

Talvez o mais importante aspecto dessa *constitucionalização do direito administrativo* seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como *núcleos de condensação de valores*.<sup>289</sup> A nova principiologia constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa também a ocupar posição central na constituição de um direito administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem. Como assinala Santamaria Pastor, as bases profundas do direito administrativo são de corte inequivocamente autoritário; até que fosse atraído para a *zona de irradiação do direito constitucional*, manteve-se ele alheio aos valores democráticos e humanistas que permeiam o direito público contemporâneo.<sup>290</sup>

A ideia de *juridicidade administrativa*, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da *legalidade administrativa*, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).<sup>291</sup>

---

288 J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2002, p. 836.

289 J.J. Gomes Canotilho & Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, 1991, p. 49.

290 Santamaria Pastor, *Princípios de Derecho Administrativo*, 2000, p. 88.

291 O estudo da “juridicidade *contra legem*” (validade de atos ou efeitos de atos

Toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública passa a ser traçada a partir dos lineamentos constitucionais pertinentes, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático, à vista de sua posição axiológica central e estruturante do Estado democrático de direito. A *filtragem constitucional* do direito administrativo dar-se-á, assim, pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional.<sup>292</sup>

A ideia de juridicidade administrativa traduz-se, assim, na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineado na Constituição. A juridicidade administrativa poderá, portanto: (I) decorrer diretamente da normativa constitucional; (II) assumir a feição de uma vinculação estrita à lei (formal ou material); ou (III) abrir-se à disciplina regulamentar (presidencial ou setorial), autônoma ou de execução, conforme os espaços normativos (e sua peculiar disciplina) estabelecidos constitucionalmente. Cumpre, pois, estudá-los de forma sistemática, dentro da realidade constitucional brasileira.

#### **IV.3. A pluralidade de fontes do direito administrativo contemporâneo: Constituição, lei, regulamento presidencial e regulamento setorial. A sistemática constitucional brasileira após a Emenda Constitucional nº 32/2001.**

O direito administrativo — e isto ocorre mundo afora — é um campo não codificado do direito, isto é, não disciplinado de forma

---

administrativos praticados em desconformidade com a lei) será objeto de estudo detalhado no item IV.4, *infra*.

292 Na Alemanha, por exemplo, o comedimento (até excessivo) da Lei Fundamental de Bonn, de 1949, no trato da Administração Pública (arts. 33 a 36 e 86) não impediu que a jurisprudência (administrativa e constitucional) e a doutrina reconhecessem a existência implícita, no bojo daquela Carta, de princípios reitores do direito administrativo, tais como o princípio da proporcionalidade, o princípio da ponderação e o princípio da proteção da confiança. Neste sentido, v. Hartmut Maurer, *Elementos de Direito Administrativo Alemão* (tradução Luís Afonso Heck), 2000, p. 65/84; Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 1997, p. 602/606.

sistemática e exaustiva pelo legislador. De fato, havendo resistido à *era das grandes codificações*, esta disciplina do direito público constitui-se de um mosaico de normas esparsas, de distintos graus hierárquicos, emanadas de inúmeros órgãos e entidades de diferentes níveis da federação (já com os olhos no caso brasileiro), tendo cabido historicamente à jurisprudência e à doutrina o seu desenvolvimento científico, conforme já consignado no Capítulo I.

O primeiro grande problema das fontes do direito administrativo no Brasil decorre da federação. Como consequência do modelo federativo tripartite, composto pela União, Estados e Municípios, cada um dos três entes federativos detém, como decorrência de sua autonomia, competências normativas próprias no âmbito do direito administrativo. Tais *competências normativas*, mescladas ainda com as *atribuições administrativas*, entrelaçam-se num sistema de competências exclusivas, comuns e concorrentes (CF, arts. 21, 22, 23 e 24), o que torna relativamente tortuosa a tarefa de atribuir alguma sistematicidade à disciplina.

A partilha de competências legislativas em matéria de direito administrativo traz problemas recorrentes de invasão de competências de um ente sobre outro. Exemplo sempre lembrado disto decorre do mal alocado inciso XXVII do art. 22 da Carta Federal, que estabelece que compete privativamente à União dispor sobre normas gerais de licitações e contratações, em todas as modalidades, para as administrações públicas direta, autárquica e fundacional da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, observando-se ainda o art. 37, XXI, e o art. 173, § 1º, III, CF. Com fundamento em tal inciso XXVII — que deveria estar não entre os casos do art. 22, mas do art. 24, eis que estabelece verdadeira norma de competência concorrente — a União promulgou a Lei nº 8.666, de 21.06.1993, que se auto-intitula, em seu art. 1º, uma “norma geral de licitações e contratos administrativos”.

Nada obstante essa autodefinição, a verdade é que a “lei geral de licitações e contratos administrativos”, em diversos dispositivos, estabelece normas de caráter nitidamente especial, numa clara pretensão de invadir as esferas de autonomia de Estados e Municípios. O art. 17, I, *b*, por exemplo, que estabelece que a doação de bens imóveis só é permitida entre órgãos e entidades da Administração Pública, é obviamente norma de conteúdo especial, sendo, portanto, inconstitucional aplicá-la a Estados e Municípios. Referi-

da inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto<sup>293</sup>, foi declarada pelo STF na medida cautelar na ADIN nº 927-RS, rel. Min. Carlos Velloso, j. 03.11.1993, DJ 11.11.1994, p. 30.635.<sup>294</sup>

Estes conflitos de competências agravam-se ainda mais diante do fato de que o Estado federal brasileiro é constituído por mais de cinco mil e quinhentos Municípios, sendo que cada um destes entes têm competências administrativas próprias, constituindo-se, deste modo, milhares de fontes básicas de direito administrativo.

Como se isto não bastasse para dificultar o trabalho do estudioso da disciplina, há, verticalmente, dentro de cada uma das três

---

293 É verdade que o STF trata da interpretação conforme à Constituição e da declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto como sinônimos (nesse sentido, v. por todos: Representação nº 1.417-7, rel. Min. Moreira Alves, j. 09.12.1987. Em oportunidades mais recentes, a Corte manteve seu entendimento: V. ADIN nº 2.924, rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30.11.2005, DJE 06.09.2007; ADIN nº 4.426, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 09.02.2011, DJE 18.05.2011; e RE nº 545.503-AgR, rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 14.06.2011, DJE 01.08.2011). Todavia, como já tive oportunidade de registrar (Gustavo Binenbojm, *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*, 2004, p. 185, nota 335), as categorias devem ser diferenciadas. Assim, conforme o magistério de Gilmar Ferreira Mendes, "ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal" (*in Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*, 2000, p. 54/55). No caso da Lei nº 8.666/93, o que fez o STF foi justamente afastar a incidência de algumas de suas normas para Estados e Municípios, pois a mesmas teriam caráter especial. Em outras palavras: excluíram-se expressamente algumas das hipóteses de aplicação da Lei nº 8.666/93. Todavia, tais normas especiais continuam eficazes para a União Federal, enquanto exercício exclusivo da competência normativa de sua atividade administrativa.

294 Um exemplo mais recente, também decorrente do art. 22, XXVII, da Constituição, é o da Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.688, de 19.05.2004) que contém diversas normas de caráter especial que só se aplicam à União. Sobre o assunto, veja-se Gustavo Binenbojm, *As Parcerias Público-Privadas e a Constituição*, Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico nº 2 (Especial PPP), abril/junho de 2005, disponível em <http://www.direitodoestado.com.br>, acessado em 24 de outubro de 2005.

esferas da Federação, três níveis fundamentais de fontes do Direito Administrativo: (i) o constitucional, (ii) o legal e (iii) o regulamentar. No primeiro nível, existem ainda as Constituições estaduais, que devem respeito à Constituição Federal, mas se aplicam aos Estados e Municípios, bem como as Leis Orgânicas municipais, que estão hierarquicamente submetidas à Constituição Federal e às Constituições de seus Estados.

No nível legal, têm destaque as espécies normativas previstas nos incisos II a V do art. 59 da CF: leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas e medidas provisórias, sabendo-se que os Estados e Municípios podem, em suas Constituições e Leis Orgânicas, prever até mesmo a edição de medidas provisórias pelas Chefas do Poder Executivo respectivo.<sup>295</sup>

No nível regulamentar, a pluralidade de fontes é inesgotável: regulamentos presidenciais, setoriais, ministeriais e de outros órgãos da Administração direta e indireta, veiculados por decretos, resoluções, portarias ou circulares.

Diante de um sem-número de fontes, a Constituição Federal de 1988, riquíssima em regras e princípios de direito administrativo, tem o destacado papel de cerne do sistema, servindo de base para a sistematização do mosaico de normas da disciplina,<sup>296</sup> além de ser ela própria uma fonte autônoma do direito administrativo.

---

295 A possibilidade de edição de medida provisória pelo Governador do Estado é tranquila no STF, v. ADIN nº 425-TO, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 19.12.2003, p. 19, Informativo STF nº 298; e, mais recentemente, ADIN nº 2.391, rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 16.08.2006, DJ 16.03.2007.

296 Conferir sistematicidade ao direito é uma tarefa não só do legislador como também do intérprete, o que se destaca no direito administrativo, diante de suas peculiaridades. De acordo com Canaris, tal tarefa decorre do valor *igualdade* ("tendência generalizadora da justiça"), sendo certo que a fuga do pensamento sistemático pode levar a que o aplicador do direito trate hipóteses equivalentes de maneira desigual, ou casos distintos de forma idêntica (ressalvando-se os casos em que o pensamento tópico tem aplicabilidade). Daí a necessidade de que todo o conjunto de fontes do direito tenha como atributos necessários a *ordenação* e a *unidade*, o que será conferido através dos *princípios gerais do direito*, que permeiam todos os ramos do direito (v. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 2002). Especificamente no direito administrativo brasileiro, estes princípios sistematizadores estão constitucionalizados, quer no art. 37, quer em outros dispositivos, destacando-se os direitos e garantias fundamentais do art. 5º.

Daí o que se desenvolveu no tópico II acima, no sentido de que a Constituição é o cerne da vinculação administrativa à juridicidade. Quanto aos outros níveis de fontes do direito administrativo (legal e regulamentar), cabem ainda algumas considerações nos subtópicos seguintes.

#### IV.3.1. A lei. Formas de manifestação da legalidade. Reservas de lei.

Apesar de a *lei do parlamento*, no sentido liberal clássico, encontrar-se em crise, ela ainda é importante fonte do direito administrativo, sendo o meio constitucional através do qual são ordinariamente criados direitos e obrigações. Deve-se esclarecer que a referência à *lei* deve ser aqui compreendida como a qualquer uma das espécies normativas previstas nos incisos II a V art. 59 da Constituição, isto é: leis ordinárias, leis complementares, leis delegadas (art. 68), ou medidas provisórias (art. 62), de acordo com suas respectivas hipóteses de cabimento.<sup>297</sup> O fato é que, para a Constituição, estas quatro espécies normativas guardam o *status* de lei, para fins do art. 5º, II, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A legalidade administrativa pode manifestar-se através de duas formas básicas: (i) como princípio da *preferência de lei* (também chamado de princípio da precedência, compatibilidade, ou preeminência); ou (ii) como princípio da *reserva de lei* (ou conformidade).<sup>298</sup>

---

297 É óbvio que, por maioria de razão, as Emendas à Constituição podem também criar direitos e obrigações, só estando adstritas aos limites materiais, circunstanciais e formais do art. 60, CF, bem como a outros limites implícitos. Nada obstante isso, não cabe a análise específica das emendas constitucionais enquanto fonte do direito administrativo, aplicando-se a elas, *mutatis mutandis*, tudo o que se desenvolveu a respeito da Constituição enquanto fonte e cerne do direito administrativo.

298 Deve-se a Otto Mayer o uso das expressões *preferência e reserva de lei* (Otto Mayer, *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo I, 1949, p. 95 e 98). Sobre o tema, v. ainda: Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 2005, p. 238/244; José Manuel Sérvulo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, 1987,



O princípio da *preferência de lei* significa, para o direito administrativo, que o administrador público, em sua atuação, seja ela regulamentar, seja de atos concretos, não pode contrariar o que prescreve a lei, que terá preeminência em face de qualquer outro ato contrário a ela. Os atos contrários à disposição legislativa serão, assim, inválidos.<sup>299</sup>

---

p. 18 e ss.; Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Sobre os Regulamentos Administrativos e o Princípio da Legalidade*, 1987, p. 131; Luís Roberto Barroso, *Apontamentos sobre o Princípio da Legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas)*, in *Temas de Direito Constitucional*, 2001, p. 169; Alberto Xavier, *Legalidade e Tributação*, Revista de Direito Público n° 47/48, p. 329 e ss.; Helena de Araújo Lopes Xavier, *O Regime Especial da Concorrência no Direito das Telecomunicações*, 2003, p. 74 e ss.; e André Rodrigues Cyrino, *O Poder Regulamentar Autônomo do Presidente da República*, 2005, p. 42 e ss.

<sup>299</sup> É importante consignar que não se pretende com isso negar a existência da chamada *reserva de administração*. Há determinadas matérias que devem ser tratadas apenas em âmbito infralegal, pois envolvem expertise e capacidade institucional próprias do administrador público. Tal constatação decorre da própria cláusula de separação de Poderes (art. 2º, CRFB), sendo vedado ao Poder Legislativo se imiscuir nessa seara, sob pena de indevida interferência em uma das funções típicas do Poder Executivo.

A preferência de lei relaciona-se, assim, com a sua função primária, qual seja: veiculação de normas de caráter genérico e abstrato. É neste sentido que se sustenta a invalidade de atos administrativos que violem os termos da lei. No entanto, se ao invés de tratar de matérias genéricas e abstratas, o legislador for além de seu mister próprio e editar atos com efeitos concretos que envolvam matéria tipicamente administrativa, haverá uma transgressão das competências inerentes à separação funcional de Poderes. A reserva de administração, nesses termos, encontra respaldo na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se pode verificar do recente acórdão lavrado no curso do Recurso Extraordinário n° 427.574, de relatoria do Ministro Celso de Mello. Confira-se trecho da emenda:

"(...) O princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. É que, em tais matérias, o Legislativo não se qualifica como instância de revisão dos atos administrativos emanados do Poder Executivo. Precedentes. Não cabe, desse modo, ao Poder Legislativo, sob pena de greve desrespeito ao postulado da separação de poderes, desconstituir, por lei, atos de caráter administrativo que tenham sido editados pelo Poder Executivo, no estrito desempenho de suas privativas atribuições institucionais. Essa prática legislativa, quando efetivada, subverte a função primária da lei, transgride

Já o princípio da *reserva de lei* significa que há determinadas matérias que só poderão ser tratadas (com maior ou menor detalhamento) por lei, em sentido formal ou material, a depender do que estabelece a Constituição. Significa uma vinculação positiva da Administração Pública às normas legais. Isto é: em caso de reserva de lei, o Poder Público só pode agir *se e conforme* ao que autorizou ou estabeleceu a norma legal atributiva de competências.

Quanto às reservas de lei estabelecidas constitucionalmente, destacam-se seis espécies, sob três perspectivas distintas: (a) de uma primeira perspectiva, de acordo com o órgão responsável pela normatização de uma questão, a reserva de lei pode ser *formal* ou *material*; (b) sob outro enfoque, de acordo com o grau de densificação normativa exigida ao encarregado da função legislativa, que dará ao aplicador maior ou menor espaço de conformação, a reserva pode ser *absoluta* ou *relativa*; e (c) de uma terceira perspectiva, de acordo com o dirigismo de uma determinada finalidade constitucional, a reserva de lei pode ser *qualificada* ou *não qualificada*. Analisem-se cada uma das seis espécies de reservas.

Há *reserva de lei formal* (âmbito em que mais se evidencia a crise da lei iluminista) quando uma certa matéria só puder ser tratada por lei em sentido formal, ou seja, o ato normativo primário editado pelo Parlamento, elaborado segundo o procedimento legislativo ordinário fixado na Constituição.<sup>300</sup>

Já a *reserva de lei material* existirá nos casos em que a Constituição não exija a emanção de lei em sentido formal, mas de *ato normativo com força de lei* (v.g., as medidas provisórias, embora sem serem leis em sentido formal, têm força de lei, nos termos do art. 62 da Constituição). É de ver que não se trata simplesmente de uma norma jurídica dotada dos atributos de generalidade e abstra-

---

o princípio da divisão funcional do poder, representa comportamento heterodoxo da instituição parlamentar e importa em atuação "ultra vires" do Poder Legislativo, que não pode, em sua atuação político-jurídica, exorbitar dos limites que definem o exercício de suas prerrogativas institucionais." (STF, RE 427574 ED, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. em 13.12.2011, p. em 13.02.2012).

<sup>300</sup> Em sentido distinto, v. Alberto Xavier, *Legalidade e Tributação*, Revista de Direito Público n° 47/48, p. 332, para quem qualquer ato *com força de lei* supriria a reserva de lei formal.

ção, como, por exemplo, um regulamento. A reserva de lei material admite, por exemplo, tratamento por medida provisória ou lei delegada.

Sob o ângulo do âmbito de liberdade a ser conferido ao administrador público, haverá *reserva absoluta de lei* quando a Constituição exigir que toda a matéria relativa a determinada questão, notadamente no que se refira a restrições a direitos fundamentais, deva estar contida na lei, não existindo a possibilidade de transpasse, ainda que parcial, desta competência normativa reservada ao Poder Legislativo a órgão da Administração. Na lição de Alberto Xavier, “numa reserva absoluta, a lei deve conter o fundamento e a totalidade dos critérios de decisão, no caso concreto, não conferindo ao agente qualquer margem de liberdade na sua aplicação”.<sup>301</sup>

A reserva absoluta de lei ocorre nas hipóteses em que o constituinte opta por afastar determinadas matérias relevantes das restrições administrativas, que não se sujeitam, por definição, aos procedimentos democráticos e participativos, próprios da discussão, negociação e votação ocorridos no Parlamento, imprescindíveis, notadamente, para os casos de restrições a direitos fundamentais. A propósito, Clèmerson Merlin Clève já teve oportunidade de consignar que, “para o tratamento de certas matérias expressamente indicadas pelo Constituinte, em decorrência de sua singular importância, exige-se o esgotamento, pelo legislador (...), de toda a esfera de regulação. (...) Aqui, o papel normativo acessório do Chefe do Executivo ou da Administração é ainda mais insignificante.”<sup>302</sup>

É exemplo desta forma de reserva de lei o que ocorre com o art. 220, § 4º, da Carta da República, que prescreve de modo eloquente e cristalino, que a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias “estará sujeita a restrições legais”. É dizer: a lei que restringir o direito fundamental de propaganda, corolário da liberdade de expressão, não poderá deixar espaços para o administrador ampliar ou até mesmo reduzir as restrições.<sup>303</sup> Em síntese: nos casos de reserva absoluta — que se

---

301 Alberto Xavier, *Legalidade e Tributação*, Revista de Direito Público nº 47/48, p. 332.

302 Clèmerson Merlin Clève, Parecer mimeografado junto aos autos da ADIN nº 3311, em curso perante o Supremo Tribunal Federal, p. 68.

303 V. Gustavo Binenbojm, *Agências Reguladoras, Legalidade e Direitos Fun-*

destaca no direito administrativo como técnica de limitação da esfera regulamentar — não há espaço para delegação legislativa, impedindo-se inclusive o uso de termos vagos e indeterminados para o agir administrativo.

A *reserva relativa de lei*, por seu turno, tem destaque como forma de limitação do poder regulamentar da Administração Pública. Isto é: a validade da expedição de atos administrativos de efeitos normativos dependerá sempre da existência de *standards* mínimos fixados em lei. Reserva relativa haverá quando a Constituição se contentar apenas com o estabelecimento de parâmetros gerais pela lei, conferindo, portanto, à Administração Pública (em oposição ao que ocorre na reserva absoluta), “uma margem de liberdade, maior ou menor, na aplicação do direito no caso concreto.”<sup>304</sup> Os critérios de decisão estarão do lado do administrador, que agirá nos limites do âmbito de liberdade que lhe é atribuído. Na reserva relativa de lei, deste modo, admite-se “a atuação subjetiva integradora do aplicador da norma ao dar-lhe concreção,”<sup>305</sup> seja por meio de atos normativos (gerais), seja pela prática de atos individuais (concretos).

A chamada *reserva qualificada de lei* foi trazida para o debate constitucional no bojo da teoria dos direitos fundamentais. Tal hipótese diz respeito ao estabelecimento ou não, no texto constitucional (em regra as reservas não são qualificadas), de meios e/ou finalidades específicos, que deverão pautar a restrição a direitos fundamentais. Em tal hipótese, consoante magistério de Gilmar Ferreira Mendes,<sup>306</sup> versada como *qualifizierter Gesetzesvorbehalt* pelo direito constitucional alemão, a norma constitucional não apenas reclama que a restrição se perfaça por meio de lei, mas também

---

damentais: limites aos poderes normativo e sancionatório da ANVISA na regulação de produtos fumígenos, *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 10, 2005, p. 159.

304 Alberto Xavier, *Legalidade e Tributação*, *Revista de Direito Público* nº 47/48, p. 332.

305 Luís Roberto Barroso, *Apontamentos sobre o Princípio da Legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas)*, in *Temas de Direito Constitucional*, 2001, p. 169.

306 Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, 1998, p. 34.

estabelece os fins a serem necessariamente perseguidos ou os meios a serem compulsoriamente adotados pelo legislador.

Neste mesmo sentido, ensina Juan Carlos Gavara de Cara que, diante de uma reserva legal qualificada, “*se autoriza el desarrollo normativo de los derechos afectados no por su justificación en base a cualquier objetivo constitucional, sino en base a objetivos constitucionales individualizados y enumerados*”.<sup>307</sup>

A reserva qualificada de lei é a garantia máxima de que qualquer limitação a direito fundamental será feita com base na própria Constituição, não apenas segundo os ditames da regra da proporcionalidade<sup>308</sup> — como sempre deve ocorrer —, mas de acordo com o *conteúdo específico* desejado pela Carta Magna. Trata-se, segundo Konrad Hesse, de “uma limitação legal só sob determinados pressupostos (...) ou só para determinados fins”.<sup>309</sup> Tal é o caso da liberdade de exercício profissional (art. 5º, XIII) e do sigilo de correspondência (art. 5º, XII). No primeiro caso, a lei só pode estabelecer restrições atinentes a *qualificações profissionais*. No segundo caso, as restrições legais ao sigilo devem ater-se aos fins de *investigação criminal ou instrução processual penal*. Cuida-se aqui, portanto, de uma vinculação constitucional do legislador, tanto de forma (reserva de lei), como de conteúdo (definição prévia dos meios e fins).

Como consequência da vinculação do legislador, vincula-se, igualmente, o administrador, que necessariamente deverá agir conforme o fim ou o meio constitucionalmente estabelecidos. Trata-se, aliás, de hipótese de aplicação direta da Constituição pela Administração, que, *e.g.*, deverá observar os meios constitucionalmente estabelecidos, mesmo quando o legislador não o faça.<sup>310</sup>

---

307 Juan Carlos Gavara de Cara, *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, 1994, p. 146.

308 Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. (da 20ª ed. alemã) de Luís Afonso Heck, 1998, p. 256.

309 Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. (da 20ª ed. alemã) de Luís Afonso Heck, 1998, p. 253.

310 O STJ, no julgamento do MS nº 14.017/DF, de Relatoria do Ministro Herman Benjamin, consignou a superação da noção clássica do princípio da legalidade, admitindo a possibilidade de o administrador retirar a validade de seus atos

#### IV.3.2. Os regulamentos. Suas espécies e a sistemática introduzida pela Emenda Constitucional nº 32/01.

Apesar do alto grau de constitucionalização do direito administrativo e de a lei ser histórica e classicamente a sua fonte por excelência, cada vez mais os regulamentos são a fonte quantitativamente

---

diretamente do texto constitucional. Confira-se trecho da ementa:

"(...) 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. 1º, III, da CF), da Valorização do Trabalho (art. 1º, 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. 3º, 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.

9. Some-se a essas normas o disposto no art. 87, parágrafo único, I e II, da Constituição de 1988, pelo qual compete ao Ministro de Estado, entre outras atribuições estabelecidas na Constituição e na lei, exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e "expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos. (...)" (MS 14.017/DF, rel. Min. Herman Benjamin, julgamento em 27.05.2009).

te mais importante do direito administrativo. Pode-se afirmar que, atualmente, os regulamentos são a fonte mais importante do direito administrativo, do ponto de vista prático. Afonso Queiró, em observação que seguramente se aplica ao Brasil, constata que “a maior parte das normas de direito administrativo assume a forma de regulamento”.<sup>311</sup>

Os regulamentos são havidos por parte da doutrina como leis em sentido material,<sup>312</sup> na medida em que veiculam normas gerais e abstratas, e têm por escopo básico desenvolver o sentido das normas legislativas ou, sem a necessidade da intermediação do legislador,<sup>313</sup> para dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração Pública, quando isto não implicar aumento de despesa nem a criação ou extinção de órgãos públicos. Embora os regulamentos possam ser vistos como leis em sentido material, na medida em que são atos gerais quanto aos seus destinatários e abstratos quanto às hipóteses em que são aplicáveis, jamais terão eles a eficácia normativa e a estatura hierárquica própria de um *ato com força de lei*.<sup>314</sup>

Em regra, os regulamentos são editados pela Chefia do Poder Executivo, através de decretos.<sup>315</sup> Em razão disto e a partir de uma

---

311 Afonso Queiró, *Teoria dos Regulamentos*, Revista de Direito e Estudos Sociais, primeira parte: ano XXVII, (janeiro-dezembro), n<sup>os</sup> 1-2-3-4, 1980, p. 1.

312 Afonso Queiró, *Teoria dos Regulamentos*, in Revista de Direito e Estudos Sociais, primeira parte: ano XXVII, (janeiro-dezembro), n<sup>os</sup> 1-2-3-4, 1980, p. 1; Caio Tácito, *Lei e regulamento*, in *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*, 1997, p. 477. Em sentido contrário, Miguel Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 7<sup>a</sup> ed. (atualizada por Gustavo Binbenbojm), 2005, p. 22/23, nota 3.

313 Deve-se consignar que o poder regulamentar, notadamente o autônomo, é sempre, em última análise, “um poder *constitucionalmente fundado*, não um poder criado *por lei*” (J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2002, p. 828. Grifos do original). Assim, mesmo o regulamento de execução tem seu fundamento de validade, acima de tudo, na Constituição, sendo, portanto, prescindível a autorização legislativa para o exercício do poder regulamentar de execução.

314 André Rodrigues Cyrino, *O Poder Regulamentar Autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC n<sup>o</sup> 32/01*, 2005, p. 67.

315 Como se sabe, o conceito de regulamento não se confunde com o de decreto (ou resolução, ou portaria). Com efeito, decreto é o instrumento por meio do qual a Chefia do Executivo edita seus regulamentos (e demais atos), não se con-

interpretação literal do art. 84 da Constituição, há quem defenda que apenas são regulamentos, em sentido técnico-jurídico, os atos administrativos normativos expedidos pelo Presidente da República.<sup>316</sup> Clèmerson Merlin Clève, neste diapasão, entende que somente os atos normativos editados pelo Chefe do Poder Executivo são, tecnicamente, regulamentos.<sup>317</sup> Assim também entendem Luís Roberto Barroso<sup>318</sup>, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>319</sup> e Diógenes Gasparini<sup>320</sup>, este último referindo-se ao regime constitucional de 1967/69.

Como consequência desta diferenciação, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>321</sup> considera, por exemplo, que as resoluções das agências reguladoras são hierarquicamente subordinadas aos decretos regulamentares presidenciais, com o que não se está aqui de acordo, conforme adiante será explicitado.

Mais do que uma mera opção convencional, adota-se aqui o entendimento de que regulamentos são não apenas os atos normativos editados pelo Presidente da República, mas também os estatutos emanados das entidades administrativas dotadas de poder

---

fundindo a forma com o conteúdo. Assim, por meio de decretos, pode o Chefe do Poder Executivo expedir atos concretos (como, *v.g.*, a aposentadoria de um servidor ou a declaração de utilidade pública de um imóvel) ou atos gerais e abstratos (regulamentos).

316 Numa análise direta da esfera federal, o que se aplica, *mutatis mutandis*, aos Governadores de Estado e do Distrito Federal, e aos Prefeitos Municipais.

317 Clèmerson Merlin Clève, *Atividade Legislativa do Poder Executivo*, 2000, p. 277.

318 Luís Roberto Barroso, *Apontamentos sobre o Princípio da Legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas)*, in *Temas de direito constitucional*, 2001, p. 182. Inobstante isso, em outro importante trabalho, Luís Roberto Barroso reconhece que órgãos e entidades integrantes da Administração Pública "titularizam, em certos casos, competências para expedir atos Administrativos normativos — gênero do qual o regulamento é espécie." V. Luís Roberto Barroso, *Princípio da Legalidade — Delegações legislativas — Poder Regulamentar — Repartição Constitucional de Competências*, Boletim de Direito Administrativo, janeiro de 1997, p. 23.

319 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 1999, p. 240.

320 Diógenes Gasparini, *Poder Regulamentar*, 1982, p. 6.

321 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*, 2003, p. 127.



normativo. Com efeito, a interpretação restritiva não condiz com a necessidade de uma administração pública descentralizada, que tem fundamento não só na previsão constitucional expressa da possibilidade da criação de autarquias e entidades reguladoras de setores específicos (art. 37, XIX, e arts. 21, XI, e 177, § 2º, III) como também no princípio da eficiência (art. 37, *caput*). Isto sem falar do art. 174, que atribui genericamente funções normativa e reguladora à Administração Pública, na forma da lei. Ora, a expressão “*na forma da lei*” significa que o legislador poderá delegar tais funções a entidades setoriais especializadas, as quais só ele pode criar.

Uma consequência indesejável do entendimento segundo o qual apenas o Presidente da República pode expedir regulamentos é a diferenciação que alguns autores fazem entre *regulamentação* (através de regulamento) e *regulação* (através de ato regulatório expedido por agências reguladoras). Conforme esta linha de ideias, o ato normativo privativo da Chefia do Executivo é fruto de uma *função política*, enquanto o ato regulatório, decorrente de uma *função administrativa*, que só poderia ter conteúdos técnicos.<sup>322</sup> Não se está de acordo com esse posicionamento, que tem como efeito colateral perigoso afastar o enfrentamento de questões da mais alta relevância, como o reconhecimento de que as agências reguladoras tomam decisões revestidas também de cunho político (embora não necessariamente de cunho político-partidário, nem de cunho político-eleitoral).<sup>323</sup> Como nos lembra Thomas Mann, em *A Montanha Mágica*, nada é externo à política.

Assim sendo, deve-se admitir que o poder regulamentar não é exclusivo da Chefia do Poder Executivo,<sup>324</sup> porquanto tal exegese

---

322 Nesse sentido, v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Direito Regulatório*, 2003, p. 132/133.

323 No mesmo sentido, v. Marçal Justen Filho, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, 2002, p. 376/379; Alexandre Santos de Aragão, *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*, 2002, p. 382.

324 Nesse sentido, Caio Tácito, *Comissão de Valores Mobiliários. Poder regulamentar*, in *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*, 1997, tomo 2, p. 1.079. V. tb. Santiago Dantas, *Poder Regulamentar das Autarquias*, in *Problemas de Direito Positivo*, 1953, p. 203/204; Egon Bockmann Moreira, *Agências Administrativas, Poder Regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional*, *Revista de Direito Administrativo*, nº 218, 1999, p. 102; Leila Cuéllar, *As Agências Reguladoras*

teria fundamento numa interpretação literal e isolada do art. 84 da Constituição. O direito e, ainda por maior razão, a Constituição não se interpretam em tiras.<sup>325</sup> O regulamento é o gênero do qual são espécies (i) o regulamento presidencial e (ii) o regulamento setorial. Enquanto o regulamento presidencial tem pretensão de maior alcance e generalidade, o regulamento setorial tem seu espectro de incidência normalmente circunscrito ao setor (econômico ou social) regulado. Aqui, o critério de distinção é, basicamente, o do espectro de incidência das normas regulamentares.

As entidades reguladoras também exercem, portanto, ao lado do Presidente da República e de outras autoridades administrativas, função regulamentar. Tal função nada mais é do que uma expressão do rol de competências da agência não plenamente vinculadas à lei (ditas discricionárias). Essas competências poderão ensejar a prática de atos administrativos concretos (individuais) ou normativos (genéricos e abstratos).

Dessa forma, diante do eventual conflito entre um regulamento setorial expedido por agência reguladora e um regulamento presidencial, aquele deverá prevalecer sobre este, porquanto a lei confere competência à agência em caráter específico (princípio da especialidade). Ademais, como a lei tem precedência sobre os regulamentos, a norma atributiva de competência (no caso, atributiva de competência à agência reguladora) prevalece sobre o regulamento presidencial. Situação inversa só ocorrerá quando a lei atribuir ao Chefe do Executivo, e não à agência, alguma competência para sua regulamentação.

Outra classificação é a que distingue os regulamentos em *autônomos e de execução*. Os primeiros têm previsão expressa no art. 84, VI, *a*, da Constituição (na redação dada pela EC nº 32/01), além de serem admitidos implicitamente na sistemática constitucional, em condições específicas, enquanto os regulamentos de execução são previstos no art. 84, IV. Veja-se cada um deles, começando pelos regulamentos de execução.

---

*e seu Poder Normativo*, 2001, p. 116; André Rodrigues Cyrino, *O Poder Regulamentar Autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/01*, 2005, p. 74.

<sup>325</sup> A expressão é de Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 2002, p. 132.

Os regulamentos de execução são aqueles que, pela letra expressa da Constituição, existem para garantir o fiel cumprimento da lei (art. 84, IV). Os regulamentos de execução são os regulamentos classicamente aceitos e estão presentes no direito pátrio desde a Constituição imperial de 1824 (art. 102, XII).

Uma primeira observação a ser feita é a de que a ideia de “fiel cumprimento” deve ser lida *cum grano salis*, eis que não se pode reduzir a atividade administrativa regulamentar a uma simples aplicação mecânica da lei, conforme se desenvolveu acima. É de ressaltar-se que Miguel Seabra Fagundes admitia que quando o legislador não desce a maiores minúcias, deixa ao poder regulamentar um maior espaço de atuação,<sup>326</sup> podendo-se dizer que, neste sentido, *regulamentar não é tão-somente aplicar de ofício a lei*.

Entende-se que os regulamentos de execução operam efeitos apenas *secundum legem* e *intra legem*, nunca *ultra legem*, *contra legem*, ou *praeter legem*. Neste sentido, o regulamento executivo tem por escopo básico instrumentalizar a execução da lei, “detalhando e explicitando seus comandos, interpretando seus conceitos e dispondo sobre órgãos e procedimentos necessários para sua aplicação pelo Executivo.”<sup>327</sup> São eles que “desenvolvem os textos legais.”<sup>328</sup>

Neste sentido, costuma-se repetir, sem maiores reflexões, que *o regulamento não pode inovar na ordem jurídica*. Conforme já tivemos a oportunidade de consignar,<sup>329</sup> a noção de que o regulamento não pode inovar no ordenamento jurídico deve ser tomada com cautela, por duas ordens de razões: *em primeiro lugar*, o direito positivo brasileiro acolhe os regulamentos autônomos, que podem inovar amplamente na sua esfera de matérias constitucionalmente estabelecidas, conforme se desenvolverá adiante; *em segundo lu-*

---

326 Miguel Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 7ª ed. (atualizada por Gustavo Binenbojm), 2005, p. 26, nota 6.

327 Clèmerson Merlin Clève, *Atividade Legislativa do Poder Executivo*, 2000, p. 298.

328 Carlos Mário da Silva Velloso, *Do Poder Regulamentar*, in *Temas de direito público*, 1997, p. 445.

329 V. nota de atualização na obra de Miguel Seabra Fagundes (*O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 7ª ed. (atualizada por Gustavo Binenbojm), 2005, p. 23).

gar, mesmo os regulamentos de execução inovam de certa maneira no direito; do contrário seriam despiciendos.

A utilização, cada dia mais frequente, de conceitos jurídicos indeterminados e de amplo espectro semântico elastece sensivelmente o âmbito do poder regulamentar. Na doutrina e na jurisprudência caminha-se em direção a uma concepção ampla de regulamentos de execução. Neste sentido, Caio Tácito explica 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 em que a própria lei, expressa ou implicitamente, outorga à esfera regulamentar”.<sup>330</sup>

Na jurisprudência, veja-se a decisão proferida no RE 343.446-SC, rel. Min. Carlos Velloso, com transcrição do acórdão divulgada no Informativo STF nº 302, de 24 a 28 de março de 2003. Naquele caso, em que se apreciou a constitucionalidade da contribuição para o SAT (seguro de acidente de trabalho), o STF entendeu, mesmo no âmbito tributário, ser possível que a lei deixe ao regulamento espaço para a complementação de conceitos vagos e indeterminados (“atividade preponderante” e “grau de risco leve”), sendo que isto não significaria ofensa ao princípio da legalidade tributária (art. 150, I, da Constituição). Nas palavras do Min. Carlos Velloso:

*“Em certos casos (...) a aplicação da lei, no caso concreto, exige aferição de dados e padrões. Nesses casos, comete ao regulamento essa aferição”. E prossegue, consignando que não há que se falar, “em casos assim, em delegação pura, que é ofensiva ao princípio da legalidade genérica (CF, art. 5º, II) e da legalidade tributária (CF, art. 150, I).”*

O que se está aqui propugnando é que a noção de regulamento de execução não pode ser circunscrita a uma atividade basicamente repetidora da lei, ou “um mero elemento de sua execução, como um procedimento de sua aplicação”, conforme defendia Oswaldo

---

330 Caio Tácito, *Comissão de Valores Mobiliários. Poder Regulamentar*, in *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*, 1997, p. 1.079.

Aranha Bandeira de Mello.<sup>331</sup> Sempre, em maior ou menor medida — ressalvadas, é claro, as hipóteses de reservas de lei, notadamente a absoluta — haverá espaço para atividade criativa do poder regulamentar de execução.<sup>332</sup>

Neste exato diapasão, Sérgio Ferraz preleciona que, “realmente, de *nenhuma valia* é o regulamento que se limita a *repetir a lei*”.<sup>333</sup> Além disso, continua o publicista, o regulamento executivo não pode ser *contra legem*, entretanto, “a sua finalidade é a execução do *conteúdo* da lei, e não de seu limite formal”.<sup>334</sup> Desse modo, o regulamento de execução pode “conter norma *nova*, desde que não contrarie a ordem legal vigente e seja necessária à plena execução do diploma regulamentado”.<sup>335</sup>

Com efeito, já dizia Kelsen, que *toda aplicação do direito é também atividade de criação*. Nas palavras do pai do normativismo jurídico:

*“A aplicação do Direito é simultaneamente produção do Direito. Estes dois conceitos não representam, como pensa a teoria tradicional, uma oposição absoluta. É desacertado distinguir entre atos de criação e atos de aplicação do Direito. Com efeito, se deixarmos de lado os casos-limite — a pressuposição da norma fundamental e a execução do ato coercitivo — entre os quais se desenvolve o processo jurídico, todo ato jurídico é simultaneamente aplicação de uma norma superior e produção, regulada por essa norma, de uma norma inferior. (...) Por aplicação da Constituição, opera-se a criação das normas jurídicas gerais através da legislação e do costume; e em aplicação destas normas gerais, realiza-se a criação das normas individuais através de decisões judiciais e das resoluções administrativas.”*<sup>336</sup> (...) ‘mesmo quando a norma superior só deter-

---

331 V. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol I, 1969, p. 311-312.

332 Alexandre Santos de Aragão parece ir além, entendendo que mesmo nos casos de reserva absoluta haverá espaço para a atuação regulamentar interpretativa (*Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo*, Revista de Direito Administrativo nº 225, 2001, p. 121).

333 Sérgio Ferraz, *Regulamento in 3 estudos de direito*, 1977, p. 116.

334 Sérgio Ferraz, *Regulamento in 3 estudos de direito*, 1977, p. 117.

335 Sérgio Ferraz, *Regulamento in 3 estudos de direito*, 1977, p. 118.

336 Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., trad. João Baptista Machado, 1998, p. 260/261.

mine o órgão, isto é, o indivíduo pelo qual a norma inferior deve ser produzida, e deixe para a livre apreciação deste órgão tanto a determinação do processo como a determinação do conteúdo da norma a produzir, a norma superior é aplicada na produção da norma inferior.”<sup>337</sup>

Em síntese, pode-se dizer que os regulamentos previstos no art. 84, IV, da Constituição, admitem um conceito amplo de execução, não havendo, salvo casos de reserva absoluta de lei, *execução sem criação*. De fato, um regulamento que, como pretendia Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, é *mero elemento de execução* ou *procedimento de aplicação da lei*, “além de ser pouco útil, criaria um ônus imenso ao legislador de descer a minúcias, prevendo consequências plurais, realidades e circunstâncias que nem os mais criativos romancistas conseguiriam imaginar. Ademais, o que significa ser um mero elemento de execução? (...) não se pode executar sem que se *crie algo de novo*, algo que acrescente.”<sup>338</sup> Além disso, esses regulamentos de execução são editados não apenas pelo Presidente da República, mas também pelas entidades reguladoras (recebendo o nome de *regulamentos setoriais*).

Passa-se agora à análise dos regulamentos autônomos. Cumpre dizer, logo de plano, que parte da doutrina brasileira nega peremptoriamente a existência de tal modalidade normativa.<sup>339</sup> Assim, além de entender e explicar o *regulamento autônomo*, impõe-se avaliar a sua própria existência como fonte do direito administrativo.

---

337 Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., trad. João Baptista Machado, 1998, p. 261.

338 André Rodrigues Cyrino, *O Poder Regulamentar Autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/01*, 2005, p. 88.

339 Neste sentido, Geraldo Ataliba, com sarcasmo característico, chegou a afirmar: “É até ridículo que um brasileiro, tratando da faculdade regulamentar, à luz do nosso direito, abra um tópico sob tal designação (regulamento autônomo). Tão ridículo como seria criar um capítulo sobre as inspirações de Alah na ação dos seus delegados governantes” (Geraldo Ataliba, *Liberdade e Poder Regulamentar*, tese nº 30 apresentada na VIII Conferência Nacional dos Advogados do Brasil — Manaus, maio de 1980. O mesmo trabalho foi publicado sob o título *Poder Regulamentar do Executivo*, *Revista de Direito Público* nº 57/58, 1981, p. 184 e ss.

Regulamentos autônomos são aqueles que prescindem da lei como fundamento de sua existência, tendo na própria Constituição, de forma explícita ou implícita, o fulcro imediato de competência para sua emanção.<sup>340</sup>

É no direito francês que esta espécie normativa tem maior destaque. Assim, primeiro pela Lei de 17 de agosto de 1948 e depois através da Constituição de 1958, estabeleceu-se naquele país a existência de dois domínios normativos: o *domínio da lei* e o *domínio do regulamento*.<sup>341</sup> A partir da Constituição de 1958, "lei não se estende mais ao infinito",<sup>342</sup> havendo matérias pertencentes ao domínio do regulamento.

A divisão de domínios normativos na França deu-se da seguinte forma: primeiramente, estabeleceu-se, no art. 34, uma enumeração taxativa daquelas matérias que deveriam ser tratadas por lei.<sup>343</sup>

---

340 Clèmerson Merlin Clève, *Atividade Legislativa do Poder Executivo*, 2000, p. 293.

341 Jean Rivero, *Direito Administrativo*, 1981, p. 68.

342 Jean Gicquel, *La Constitution de 1958 a quarante ans, question n° 9: Les rapports entre le Parlement et Gouvernement dans la Constitution de 1958, on line* <http://www.conseil-constitutionnel.fr/dossier/quarante/q09.htm>, 1998, acesso em 22.08.03.

343 Veja-se a lista de matérias reservadas à lei, na forma do art. 34: "Aos direitos civis e às garantias fundamentais concedidas aos cidadãos para o exercício das liberdades públicas; às restrições impostas pela defesa nacional aos cidadãos quanto à sua pessoa e seus bens; à nacionalidade, ao estado e à capacidade das pessoas, aos regimes matrimoniais, às sucessões e doações; à determinação dos crimes e delitos bem como às penalidades aplicáveis; ao processo penal; à anistia; à criação de novas ordens de jurisdição e ao estatuto dos magistrados; à base, à taxa e às modalidades de arrecadação de impostos de todo tipo; ao sistema de emissão de moeda.

A lei estabelece igualmente as normas referentes: ao regime eleitoral das assembleias parlamentares e das assembleias locais; à criação de categorias de estabelecimentos públicos; às nacionalizações de empresas e às transferências de propriedade do setor público ao setor privado.

A lei determina os princípios fundamentais: da organização geral da defesa nacional; da livre administração das coletividades locais, das suas competências e dos seus recursos do ensino; do regime da propriedade, dos direitos reais e das obrigações civis e comerciais; do direito trabalhista, do direito sindical e da seguridade social.

As leis financeiras determinam as receitas e as despesas do Estado, nas condições e sob as reservas estabelecidas pela lei orgânica.

As leis de financiamento da previdência social determinam as condições

Em segundo lugar, o art. 37 estabeleceu que *as demais matérias* não enumeradas no art. 34 *têm caráter regulamentar* e que “os textos de forma legislativa referentes a tais matérias podem ser modificados por decretos promulgados após consulta ao Conselho de Estado”. Determina ainda o referido art. 37 que “os textos legislativos que vierem a ser aprovados depois da entrada em vigor da presente Constituição só poderão ser modificados por decreto *se o Conselho Constitucional declarar que têm caráter regulamentar.*”

Assim, tendo sido estabelecida uma competência normativa residual, todas as matérias não previstas no art. 34 serão, na forma estrita da Constituição francesa de 1958, reservadas ao regulamento, sendo que os textos sob a forma legislativa, anteriores à Constituição, que dispuserem sobre matéria regulamentar, poderão ser alterados por regulamentos, após consulta ao Conselho de Estado. Deste modo, diz-se na França que o art. 37 tem por escopo a *deslegalização de matérias*.

Este processo de deslegalização ocorre da seguinte forma: quanto às normas anteriores à Constituição, “há a deslegalização em bloco de todos os textos que adentram as matérias regulamentares, e isto, pela simples virtude da norma constitucional em 1958 (...) ao passo que no sistema adotado em definitivo, a deslegalização far-se-á caso por caso, sob a apreciação prévia do Conselho de Estado e do Conselho Constitucional.”<sup>344</sup>

É de se anotar, todavia, que a jurisprudência e a doutrina francesas acabaram por *relativizar* essa rígida separação entre os domínios da lei e do regulamento, após derradeiro posicionamento do Conselho Constitucional. De fato, competindo ao Conselho Constitucional decidir soberanamente a que domínio pertence determinada matéria (art. 41, Constituição francesa de 1958), e havendo este assentado o entendimento de que a lei permanecia dotada do

---

gerais do seu equilíbrio financeiro e, de acordo com as suas previsões de receitas, fixam os seus objetivos de despesas, nas condições e sob as reservas previstas por uma lei orgânica.

As leis de planejamento determinam os objetivos da ação econômica e social do Estado.

As disposições do presente artigo poderão ser detalhadas e completadas por uma lei orgânica.”

<sup>344</sup> Louis Favoreu, *Rapport Introductif*, in *Le Domaine de la Loi et du Règlement*, 2ª ed., coord. Louis Favoreu, 1981, p. 30.



atributo da *universalidade temática*,<sup>345</sup> a discussão perdeu interesse em França.

Com efeito, o Conselho Constitucional, além de dar uma interpretação ampliada das matérias do domínio da lei, permaneceu entendendo que a lei mantinha a sua *majestade* como norma hierarquicamente superior, notadamente porque na França a lei não se sujeita ao controle da constitucionalidade após ser promulgada, havendo apenas o controle prévio, exercido pelo Conselho Constitucional, durante o processo legislativo.<sup>346</sup>

De todo modo, sob pena de fazer-se letra morta da Constituição de 1958, ainda se diz que na França permanece a existência do domínio do regulamento. Assim, nas palavras de Louis Favoreu: "enfim, há um núcleo irreduzível de competência do poder regulamentar: *é a organização e funcionamento interno dos serviços públicos*".<sup>347</sup>

Parece que o constituinte derivado brasileiro foi de alguma forma seduzido por este discurso do direito comparado ao editar a Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001.<sup>348</sup> Neste ponto dê-se um passo atrás para uma breve análise da doutrina brasileira sobre a existência dos regulamentos autônomos no Brasil.<sup>349</sup>

No regime constitucional de 1967/69, era *defensável*<sup>350</sup> a corrente que propugnava, com base no art. 81, V, a existência de regu-

---

345 Jean Rivero, *Direito Administrativo*, p. 69. Estabelece o art. 41:

"Se se evidenciar, no curso do processo legislativo, que uma proposta ou emenda não pertence ao domínio da lei ou é contrária a uma delegação concedida em virtude do artigo 38, o Governo pode opor-se a sua admissão.

Em caso de desacordo entre o Governo e o Presidente da Assembléia interessada, o Conselho Constitucional, solicitado por uma ou outra parte, delibera dentro do prazo de oito dias."

346 Jean Rivero, *Direito Administrativo cit.*, p. 70/72; Louis Favoreu, *Les règlements autonomes existent-ils?*, in *Mélanges Burdeau*, 1977, p. 415.

347 Louis Favoreu, *Rapport Introductif*, in *Le Domaine de la Loi et du Règlement*, 2ª ed., coord. Louis Favoreu, 1981, p. 34.

348 Neste sentido: André Rodrigues Cyrino, *O Poder Regulamentar Autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/01*, 2005, p. 128.

349 Neste ponto, valemo-nos do exaustivo levantamento bibliográfico de André Rodrigues Cyrino em seu livro *O Poder Regulamentar Autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/01*, 2005, p. 85 e ss.

350 Clèmerson Merlin Clève, *Atividade Legislativa do Poder Executivo*, 2000, p. 294.

lamentos autônomos no Brasil. Referido dispositivo estabelecia competência privativa da chefia do Executivo para “dispor sobre a estruturação, atribuições e funcionamento da administração”.

Neste diapasão, Hely Lopes Meirelles é sempre lembrado para ilustrar a tese favorável à existência dos regulamentos sob análise. Conforme o administrativista, é regulamento autônomo ou independente o ato normativo veiculado por decreto e que “dispõe sobre matéria ainda não regulada especificamente em lei”. Conforme continua o autor: “A doutrina aceita esses provimentos administrativos *praeter legem* para suprir a omissão do legislador, desde que não invadam as *reservas de lei*, isto é, as matérias que só por lei podem ser reguladas.”<sup>351</sup> Preleciona ademais que “os decretos autônomos ou independentes não substituem definitivamente a lei: suprem, apenas, a sua ausência naquilo que pode ser provido por ato do Executivo, até que lei disponha a respeito. Promulgada a lei, fica superado o decreto.”<sup>352</sup>

No mesmo sentido, admitiam genericamente a possibilidade de edição de regulamento autônomo no regime constitucional anterior, divergindo apenas quanto à concepção do âmbito (reservado ou não) desta esfera normativa, Clenício da Silva Duarte<sup>353</sup>, Carlos Roberto de Siqueira Castro<sup>354</sup>, Diógenes Gasparini<sup>355</sup>, Sérgio Ferraz<sup>356</sup>, Sérgio de Andréa Ferreira<sup>357</sup>, José Afonso da Silva<sup>358</sup> e Manoel Gonçalves Ferreira Filho.<sup>359</sup>

É de ressaltar-se que o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade, na vigência da Constituição pretérita, de manifestar-se favoravelmente à existência dos regulamentos autônomos, com

---

351 Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 1987, p. 138.

352 Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 1987, p. 138.

353 Clenício da Silva Duarte, *Os Regulamentos Independentes*, Revista de Direito Público nº 16, p. 93.

354 Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O Congresso e as Delegações Legislativas*, 1986, p. 127.

355 Diógenes Gasparini, *Poder Regulamentar*, 1982, p. 77.

356 Sérgio Ferraz, *Regulamento*, in *3 Estudos de Direito*, 1977, p. 119.

357 Sérgio de Andréa Ferreira, *Direito Administrativo Didático*, 1985, pp. 62/64.

358 José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 1987, p. 572.

359 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Comentários à Constituição Brasileira*, 1983, p. 373.

fundamento no art. 81, V. Com efeito, na Representação nº 1508-4, julgada em 29.09.1988, arguia-se a inconstitucionalidade do Decreto 406/87, do Estado do Mato Grosso, que, sem fundamento legal, alterava a estrutura organizacional de órgãos da Administração direta e indireta. Em seu voto, o relator Min. Oscar Corrêa preleciona, valendo-se do parecer da Procuradoria Geral da República, aprovado pelo então Procurador Geral e ex-Ministro do STF Sepúlveda Pertence, que não há "dúvidas sobre a legitimidade do decreto autônomo interno. Tem ele por fonte direta a própria Constituição e se faz lícito, numa compreensão sistemática da Carta Magna, desde que não invada matéria objeto de reserva de lei, desde que não interfira com os direitos individuais dos cidadãos e não importar aumento de despesa."

Do lado diametralmente oposto, seja porque se entendia não haver no Brasil norma equivalente ao art. 37 da Constituição francesa de 1958, seja porque o que aqui prevalece é a supremacia da lei,<sup>360</sup> não admitiam a existência de regulamentos autônomos, de qualquer espécie, no regime constitucional anterior: Carlos Mário da Silva Velloso<sup>361</sup>, Luciano Ferreira Leite<sup>362</sup>, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>363</sup>, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>364</sup> e Geraldo Ataliba.<sup>365</sup>

Com a promulgação da Constituição de 1988, em razão da redação original do art. 84, VI, a doutrina do regulamento autônomo sofreu forte retração, pois as matérias organizativas da administração poderiam apenas ser tratadas por regulamentos autônomos, "na forma da lei".

---

360 Luís Roberto Barroso, *Apontamentos sobre o Princípio da Legalidade (delegações legislativas, poder regulamentar e repartição constitucional das competências legislativas)*, in *Temas de direito constitucional*, 2001, p. 180.

361 Carlos Mário da Silva Velloso, *Temas de Direito Público*, 1997, p. 450.

362 Luciano Ferreira Leite, *O Regulamento no Direito Brasileiro*, 1986, p. 77.

363 Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol I, 18ª ed., 1969, p. 313.

364 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*, 1981, p. 90.

365 Geraldo Ataliba, *Liberdade e Poder Regulamentar*, Tese nº 30 apresentada na VIII Conferência Nacional dos Advogados do Brasil — Manaus, maio de 1980. O mesmo trabalho foi publicado sob o título *Poder Regulamentar do Executivo*, na *Revista de Direito Público* nº 57/58, 1981, p. 184 e ss.

Exatamente em virtude da nova redação do citado dispositivo, Diógenes Gasparini mudou de opinião.<sup>366</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>367</sup>, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>368</sup>, que já era partidário dessa tese mesmo antes de 1988, José Afonso da Silva<sup>369</sup>, Michel Temer<sup>370</sup> e Clèmerson Merlin Clève<sup>371</sup> propugnaram pela existência no direito brasileiro apenas dos regulamentos de execução. Porém, Hely Lopes Meirelles manteve seu posicionamento doutrinário, não vislumbrando empecilhos ao poder regulamentar autônomo (*praeter legem*) em matérias que não violassem a precedência e a reserva de lei.<sup>372</sup>

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, um novo quadro surgiu em relação ao poder regulamentar no Brasil. É que tal Emenda, cujo propósito principal foi o de criar limites claros à edição de medidas provisórias, retirou a expressão “na forma da lei” do art. 84, VI. Ficou assim estatuído na nova alínea “a” que compete privativamente ao Presidente da República dispor mediante decreto sobre “a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.”<sup>373</sup> Além

---

366 Diógenes Gasparini, *Direito administrativo*, 1989, p. 95.

367 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 2000, p. 88.

368 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 1999, p. 240.

369 José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 1999, p. 427.

370 Michel Temer, *Elementos de Direito Constitucional*, 1999, p. 158.

371 Clèmerson Merlin Clève, *Atividade Legislativa do Poder Executivo*, 2000, p. 294.

372 Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 1996, p. 112 e 163.

373 A EC nº 32/01 acrescentou uma alínea “b” ao mesmo inciso VI do art. 84, estabelecendo que o Presidente da República poderia, por simples decreto, extinguir funções ou cargos públicos da Administração Pública federal, quando estes estiverem vagos. Antes da referida Emenda era necessária a edição de lei (v. a antiga redação do art. 48, X). Conforme André Rodrigues Cyrino, “não se trata de uma atribuição regulamentar autônoma, que se define pelo conteúdo, mas verdadeira possibilidade de ato administrativo de efeitos concretos, que se dará na forma de decreto. Não se pode confundir a identidade da forma com a de substância” (André Rodrigues Cyrino, *O Poder Regulamentar Autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/01*, 2005, p. 142, nota 45). A caracterização do decreto previsto na alínea “b” do inciso VI do

disso, alteraram-se os incisos X e XI do art. 48, retirando competências normativas do Congresso Nacional que foram agora atribuídas ao Chefe do Executivo.<sup>374</sup> A Emenda Constitucional nº 32/01 alterou ainda a alínea “e” do inciso II do § 1º do art. 61 da Constituição Federal, que trata das iniciativas privativas do Presidente da República.<sup>375</sup> As matérias que agora são atribuições normativas autônomas do Chefe do Executivo foram, aparentemente, excluídas do processo legislativo.

Para completar a nova sistemática constitucional, a Emenda Constitucional nº 32/01 modificou o art. 88,<sup>376</sup> afastando aparentemente da competência do Poder Legislativo o tratamento da es-

---

art. 84 como ato administrativo concreto é muito importante do ponto de vista prático, sendo certo que tal entendimento torna possível, *v.g.*, a impetração de mandado de segurança. Entendendo que a hipótese é de regulamento autônomo, embora admitindo que se trate de ato de efeitos concretos, José Levi Mello do Amaral Junior, *Decreto Autônomo: inovação da Emenda Constitucional nº 32, de 2001*, in *Direito Regulatório: temas polêmicos*, coord. Maria Sylvania Zanella di Pietro, 2003, p. 573.

374 Na redação original, estabelecia-se como atribuição do Congresso Nacional dispor, especialmente, sobre:

“X — criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas;

“XI — criação, *estruturação e atribuições* dos Ministérios e órgãos da administração pública.”

Segundo a nova redação, é atribuição do Congresso Nacional dispor, especialmente, sobre:

“X — criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, *observado o que estabelece o art. 84, VI, b*;

“XI — criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública”.

375 Na redação original da Constituição, havia iniciativa privativa do Presidente da República para projeto de lei que dispusesse sobre:

“e) criação, *estruturação e atribuições* dos Ministérios e órgãos da administração pública”.

A alínea “e” do § 1º, inciso II, do art. 61 hoje tem a seguinte redação:

“e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, *observado o disposto no art. 84, VI*”.

376 Redação original:

“Art. 88. A lei disporá sobre a criação, *estruturação e atribuições* dos Ministérios”.

Nova redação:

“Art. 88. A lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública”.

truturação dos Ministérios, além de tratar da mesma forma os demais órgãos da Administração Pública.

Diante de todo este quadro de mudanças, o debate sobre os regulamentos autônomos ganha novo fôlego, o que leva os estudiosos a debruçarem-se sobre o assunto para, além de reavaliar a existência desta espécie normativa, verificar qual o seu exato âmbito material.<sup>377</sup>

Pode-se, assim, vislumbrar a formação de três correntes doutrinárias acerca da natureza do poder regulamentar no direito brasileiro, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 32/2001:

(I) a **primeira**, composta por aqueles que continuam a negar a existência dos regulamentos autônomos no Brasil, a partir de uma compreensão rígida do princípio da legalidade, como vinculação *positiva* da Administração à lei;<sup>378</sup>

(II) a **segunda**, em sentido diametralmente oposto, entendendo que a nova modalidade do art. 84, VI, *a*, ocorrerá em âmbito de *reserva de administração* (na modalidade de *reserva de poder regu-*

---

377 Quando da primeira edição deste livro, tinha-se notícia da publicação de quatro estudos específicos sobre o assunto. Os artigos: José Levi Mello do Amaral Junior, *Decreto Autônomo: inovação da Emenda Constitucional nº 32, de 2001*; e Dora Maria de Oliveira Ramos, *Os Regulamentos Jurídicos e os Regulamentos de Organização: breve estudo de sua aplicação no Direito brasileiro*, ambos publicados in *Direito Regulatório: temas polêmicos*, coord. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 2003; e André Rodrigues Cyrino, *O Regulamento Autônomo e a EC nº 32/01: uma reserva de administração*, Fórum Administrativo — Direito Público, nº 33, 2003, p. 3066/3089. Além desses três artigos, faça-se ainda referência ao trabalho monográfico deste último autor, André Rodrigues Cyrino, *O Poder Regulamentar Autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/01*, 2005. Ademais, alguns manuais de direito administrativo começam a tomar partido na discussão, dentro dos limites de aprofundamento possível deste tipo de obra. Assim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro já se manifestou favoravelmente à existência dos regulamentos autônomos após a Emenda Constitucional nº 32/01 (*Direito Administrativo*, 2002, p. 88/89).

378 Neste sentido, v. Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a atribuição criada pela EC nº 32/01 é mera “manifestação do poder hierárquico, o qual, é bem de ver, só pode ser exercido em consonância com a legalidade” (*Curso de Direito Administrativo*, 2002, p. 94/95, nota 9). Neste mesmo diapasão: Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*, 2005, p. 150/151, especialmente na nota de rodapé nº 16; Helena de Araújo Lopes Xavier, *O Regime da Concorrência no Direito das Telecomunicações*, 2003, p. 115 e ss.; José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*, 2003, p. 45.

lamentar), imune à lei em sentido formal, que simplesmente não mais poderá dispor sobre organização e funcionamento da Administração Pública em matérias que não importem aumento de despesa, exceto no que disser respeito à criação e extinção de órgãos, sob pena de configuração de inconstitucionalidade formal;<sup>379</sup>

(III) e a terceira, reconhecendo a existência de uma nova espécie de regulamento (ou do *velho* regulamento autônomo, agora apenas admitido formalmente pelo *novel* texto constitucional), mas mantendo incólume o princípio da *preferência da lei*; ou seja: a matéria relativa à organização e funcionamento da Administração Pública pode até ser tratada por regulamento, mas no caso de superveniência de lei de iniciativa do Presidente da República, esta prevalecerá no que dispuser em sentido diverso. De igual modo, será cabível a expedição de regulamentos autônomos em espaços normativos não sujeitos constitucionalmente à reserva de lei (formal ou material), sempre que à míngua do ato legislativo, a Administração Pública estiver compelida a agir para cumprimento de seus deveres constitucionais. Também neste caso, por evidente, assegura-se a preeminência da lei superveniente sobre os regulamentos até então editados.

Este último é o entendimento que se afigura correto. O Supremo Tribunal Federal, em pelo menos duas oportunidades desde a promulgação da EC nº 32/2001, manifestou-se em tal sentido. No julgamento da ADIN nº 3.254-ES, relatado pela Min. Ellen Gracie, o STF assentou a *possibilidade* – não a *obrigatoriedade* – do tratamento de normas sobre remodelação de atribuições de órgão per-

---

379 Nesse sentido, André Rodrigues Cyrino, *O Regulamento Autônomo e a EC nº 32/01: uma reserva de administração*, Fórum Administrativo — Direito Público, nº 33, 2003, p. 3.066/3.089; e Dora Maria de Oliveira Ramos, *Os Regulamentos Jurídicos e os Regulamentos de Organização: breve estudo de sua aplicação no Direito brasileiro*, in *Direito Regulatório: temas polêmicos*, coord. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 2003, p. 566. Esta corrente coaduna-se com a doutrina desenvolvida por Sérgio Ferraz na vigência da Constituição de 1967/69, a propósito do que chamou de *regulamentos discricionários*. Conforme este autor, os regulamentos discricionários, ao contrário dos regradados, existem num âmbito de competência regulamentar reservada, imune à lei (Sérgio Ferraz, *Regulamento*, in *3 Estudos de Direito*, 1977, p. 119/120). Também Sérgio de Andréa Ferreira defendeu, na vigência da ordem constitucional anterior, a existência de regulamentos autônomos num âmbito reservado (Sérgio de Andréa Ferreira, *Direito Administrativo Didático*, 1985, p. 62 e ss.).

tendente à estrutura da Administração Pública por meio de decreto. A própria ementa do aresto faz certo que a matéria poderia ser versada tanto em projeto de lei de iniciativa da Chefia do Executivo como, após a EC nº 32/2001, por via de decreto, presentes aquelas circunstâncias estabelecidas no art. 84, VI, “a”. No julgamento da ADIN nº 2.857-ES, de que foi relator o Min. Joaquim Barbosa, o STF reafirmou seu entendimento no sentido da mera possibilidade da edição de decreto – o que não afasta, evidentemente, a possibilidade de disciplina da matéria em leis de iniciativa do Presidente da República, de Governadores e Prefeitos.

Vale registrar que, no julgamento da ADIN nº 2.806-5/RS, impugnava-se lei do Estado do Rio Grande do Sul que estabelecia regras para a adequação do serviço público estadual e dos estabelecimentos de ensino público e privado aos dias de guarda das diferentes religiões professadas naquele Estado. Dentre as inconstitucionalidades apontadas, o relator, Min. Ilmar Galvão, consignou na ementa que a lei atacada revelava-se contrária “ao *poder de disposição do Governador do Estado, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento de órgãos administrativos, no caso das escolas públicas*”. Aparentemente, portanto, o aresto teria acolhido a segunda corrente doutrinária acima exposta, que preconiza a existência de um domínio reservado ao poder regulamentar do Presidente da República (na espécie, do Governador do Estado, por aplicação do princípio da simetria). Apesar disso, verifica-se tanto da ementa como do corpo do acórdão que o Tribunal também entendeu existente o vício de iniciativa, que, no caso, seria privativa do Chefe do Poder Executivo. Ora, tal entendimento é incompatível com a ideia de uma *reserva de poder regulamentar*. Também neste caso o STF parece ter acolhido a tese da *admissibilidade* do regulamento autônomo, mas não de um *domínio reservado ao regulamento presidencial*.

Tal compreensão decorre, em primeiro lugar, da interpretação lógico-sistemática do texto da Constituição. A norma do art. 84, VI, “a” tem caráter nitidamente *excepcional*, a permitir a disciplina da organização e funcionamento da Administração mediante decreto *somente quando* isto não importar aumento de despesa, criação ou extinção de órgãos públicos. Logo, a regra geral é o tratamento da matéria por lei de iniciativa do Chefe do Executivo, sobre qualquer tema relacionado à organização e funcionamento da Administração. Por evidente, se a lei pode o mais – que é o trata-



mento de questões que envolvam aumento de despesa, criação e extinção de órgão públicos —, deve igualmente poder o menos.

De outra parte, ainda que a criação de um espaço reservado ao poder regulamentar possa ter sido a intenção do legislador constituinte derivado, tal intento não se afiguraria consentâneo com os limites materiais (explícitos e implícitos) ao poder de reforma da Constituição. Explica-se a seguir o porquê.

É que a *preferência* ou *precedência* da lei apresenta-se tanto como uma garantia fundamental dos cidadãos — subtraída do âmbito material de atuação do poder reformador, por força do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República — como um desdobramento necessário da lógica de separação e controles recíprocos entre os Poderes do Estado — também posta fora do alcance do poder de emenda pelo art. 60, § 4º, inciso III. Tais normas exercem não apenas uma *eficácia de bloqueio* em relação a propostas de emenda constitucional, como também uma *eficácia conformadora* de dispositivos de emenda que comportem uma *interpretação conforme*.

Deste modo, como o art. 84, VI, “a”, introduzido pela Emenda Constitucional nº 32/2001, comporta, confortavelmente, uma interpretação no sentido de haver instituído, apenas, uma hipótese de *admissibilidade expressa do regulamento autônomo* — e não uma verdadeira *reserva de poder regulamentar* — tal deve ser o entendimento a prevalecer. Cuida-se, assim, de uma interpretação do art. 84, VI, “a”, introduzido pela EC 32/2001, *conforme às cláusulas pétreas* cravejadas no art. 60, § 4º, incisos III e IV, da Constituição da República.

Vale consignar que a previsão constitucional expressa da possibilidade da edição de regulamentos autônomos não é propriamente uma inovação da EC 32/2001. Com efeito, o art. 237 da Constituição, situado nas “Disposições Constitucionais Gerais”, atribui ao Ministério da Fazenda competência para exercer a fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, quando essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais. Com fundamento em tal dispositivo, o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional uma *portaria autônoma* do Ministério da Fazenda que proibia a importação de veículos usados (STF, RE 208.220-1/CE, DJU 12.09.1997, p. 43.748). Tratava-se, portanto, do reconhecimento da legitimidade da edição de regulamentos autônomos quando fun-

dados diretamente na Lei Maior, respeitada a primazia de lei super-venientemente promulgada.

Note-se que a existência do art. 84, VI, "a" e do art. 237, no atual texto da Constituição brasileira, prevendo expressamente a possibilidade de edição de regulamentos autônomos nas hipóteses que mencionam, não inibe o reconhecimento de outros espaços regulamentares autônomos, implícitos ou explícitos, na sistemática da Carta Magna. Admite-se, assim, que em campos não sujeitos a *reservas de lei* (formal ou material), a Administração Pública possa legitimamente editar regulamentos autônomos, desde que identificado um interesse constitucional que lhe incumba promover ou preservar.

O fundamento de tal poder regulamentar autônomo ou independente é a norma constitucional que atribui diretamente à Administração o encargo de preservar ou promover determinado estado de coisas; cumprindo-lhe atuar em tal desiderato, está a Administração implicitamente autorizada pela Lei Maior a editar os atos normativos necessários ao alcance do fim. Também nessas hipóteses, tal como na do art. 84, VI, "a", vale a *preferência da lei*: isto é, sobrevindo lei dispendo em sentido diverso do regulamento, aquela prevalecerá sobre este.

Em síntese: são autônomos os regulamentos que encontram fundamento direto na Constituição, seja por uma competência normativa expressamente assinalada no texto constitucional (como aquela prevista no art. 84, VI, *a*, introduzido pela Emenda Constitucional nº 32/2001 e no art. 237 da Carta de 1988), seja como uma decorrência implícita de competências administrativas que careçam de normatização prévia ao seu exercício. Duas ressalvas se fazem necessárias, todavia, em relação aos regulamentos autônomos: (i) em ambas as hipóteses assegura-se a *primazia* da lei super-venientemente editada sobre os regulamentos autônomos;<sup>380</sup> (ii) não se admite a sua edição em espaços sujeitos à reserva legal.

---

380 Ao tratar das alterações trazidas pela EC nº 32/2001, afirma Carlos Ari Sundfeld que "[h]á quem veja aí espaço para regulamentos autônomos, mas essa conclusão parece exagerada: se a definição da estrutura básica da Administração continua nas mãos da lei (art. 37, XIX, e XX e art. 48) e os regulamentos de organização e funcionamento devem se conformar a essa estrutura, eles certamente não dispõem de modo autônomo sobre o assunto" (Carlos Ari Sundfeld, *Direito Administrativo para Céticos*, Malheiros, 2012, p. 158).

O Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de proclamar a constitucionalidade de um *regulamento autônomo* – a Resolução nº 07/2005, editada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ.<sup>381</sup> Naquela hipótese, agiu o CNJ no desempenho de suas competências administrativas previstas no art. 103-B, § 4º, da Constituição, na forma introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Trata-se da proibição da nomeação de parentes para cargos em comissão, no âmbito do Poder Judiciário, sem que houvesse previsão legal expressa em tal sentido. Partindo do fundamento diretamente constitucional da atuação do CNJ na densificação dos princípios constitucionais da Administração Pública, afirmou o STF no mencionado aresto:

*“A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04.”*

É um exagero afirmar que a Resolução nº 07/05, do Conselho Nacional de Justiça, seja dotada de caráter normativo *primário*. Em verdade, a competência assinalada ao CNJ diretamente pela Constituição confere-lhe o poder de dispor normativamente sobre as matérias a ele afetas, *se e enquanto* não houver disciplina legal a respeito em sentido diverso. A lógica da correta decisão do STF preserva, simultaneamente: (i) a competência constitucional do CNJ para, à míngua de lei, atuar na concretização dos princípios da Administração Pública, tanto por meio de atos normativos, como pela prática de atos concretos; e (ii) o princípio da *primazia da lei*,

---

381 ADC-MC 12/DF, rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 16.02.2006.

assegurando a prevalência de eventuais disposições legais editadas supervenientemente às Resoluções do CNJ<sup>382</sup>.

Outra discussão trazida pela Emenda Constitucional nº 32/2001 diz respeito a uma pretensa deslegalização das leis anteriores a 11.09.2001, que dispusessem sobre as matérias do novo “domínio do regulamento” brasileiro, a exemplo do que se passou na França. Parece ter sido esta a interpretação do Poder Executivo brasileiro.<sup>383</sup>

Um caso paradigmático ilustra a questão. A Lei da Comissão de Valores Mobiliários — CVM (Lei nº 6.385/76) foi, em um mesmo dia — 31 de outubro de 2001 — alterada por (i) uma lei (Lei nº 10.303/01), (ii) uma medida provisória (Medida Provisória nº 8/2001, convertida na Lei nº 10.411/02), e (iii) um decreto (Decreto nº 3.995/01).

Veja-se que a exposição de motivos do Decreto nº 3.995/01 (Exposição de Motivos nº 213, de 31.10.01, do Ministro da Fazenda), se intitula “projeto de decreto autônomo”, explicitando a interpretação do Poder Executivo, no sentido de que as atribuições em geral de órgãos da Administração são agora matéria reservada ao regulamento. Neste sentido, repete os dispositivos antes vetados que julga de natureza organizacional, incluindo-se as atribuições administrativas. Assim, expressamente promove a alteração de dispositivos da lei. Trata-se de *um decreto revogador de lei* que subverte por completo os princípios constitucionais (i) da separa-

---

382 O STF, em agosto de 2008, aprovou a Súmula Vinculante nº 13, que veda o nepotismo nos Três Poderes, no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal. Confira-se o enunciado da Súmula Vinculante na íntegra: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

383 Entendendo possível a revogação de leis por decretos em virtude da degradação (ou rebaixamento) do grau hierárquico das matérias relativas a organização e funcionamento da Administração Pública quando não houver aumento de despesa, v. André Rodrigues Cyrino, *O Poder Regulamentar Autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/01, 2005*, p. 181/187.

ção e harmonia entre os Poderes, (ii) da legalidade (sob o aspecto da preferência ou preeminência da lei) e (iii) do próprio Estado democrático de direito, que pressupõe a observância dos procedimentos democráticos de deliberação coletiva fixados pelo constituinte originário.

A operação que se pretendeu fazer em relação à Lei da CVM é inconstitucional, não sendo possível ao constituinte derivado “*degradar*” o nível hierárquico de lei de molde a viabilizar a sua revogação por regulamento, esvaziando por completo a função legislativa e violando, como já dito, a mais flexível das possíveis noções de separação de poderes e a mais permissiva das leituras do princípio da legalidade. Tal espécie de *deslegalização* constitucional não se revela, portanto, compatível com a sistemática dos limites materiais (explícitos e implícitos) ao poder de reforma estabelecidos na Constituição.<sup>384-385</sup>

---

384 Ao tema da *deslegalização* se retornará no Capítulo VI, *infra*, no âmbito da problemática das agências reguladoras independentes. Cumpre adiantar, todavia, que não se afiguram compatíveis com a sistemática constitucional brasileira tanto a *deslegalização* constitucional (operada por emenda constitucional) como a *deslegalização* legal (operada por lei).

385 O STF pacificou entendimento de que lei apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, pode ser revogada por lei ordinária superveniente (V. AI nº 702.533, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 02.04.2013, publicado em 26.04.2013). Diante disso, poder-se-ia sustentar, por analogia, que o Supremo teria superado a teoria ora defendida de inconstitucionalidade de *decreto revogador de lei*, fundada na tese da *deslegalização*. Isto porque, independente da forma adotada (*v.g.*, lei complementar ou ordinária), a possibilidade de revogação estaria atrelada à matéria veiculada pela norma, podendo-se cogitar, assim, que a mesma ideia venha a ser aplicada aos atos normativos emanados do Poder Executivo. Ou seja, o regulamento poderia revogar a lei. No entanto, essa possível aplicação analógica do entendimento do STF não parece correta. Primeiro, porque ao contrário da relação entre lei complementar e lei ordinária, há prevalência hierárquica da lei sobre o regulamento, motivo pelo qual não se pode admitir que uma norma hierarquicamente inferior revogue, altere ou substitua norma superior. Nesse sentido, confira-se a *teoria do congelamento do grau hierárquico das normas* esposada por Canotilho (J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2002, p. 694/696). Em segundo lugar, tanto a lei ordinária, como a lei complementar, são editadas pelo Poder Legislativo no exercício de sua função típica (art. 59, CRFB). Ao revés, os regulamentos inserem-se na atividade atípica do Poder Executivo. Logo, o entendimento perfilhado pelo STF não pode ser aplicado de

Há hoje em andamento perante o Supremo Tribunal Federal uma ação direta de inconstitucionalidade (ADIN nº 2.601, rel. Min. Ricardo Lewandowski) em que se questiona, dentre outras coisas, a referida revogação de dispositivos da Lei da CVM por decreto regulamentar presidencial.<sup>386</sup> No desempenho do seu papel de *intérprete* último da Constituição, caberá ao Supremo Tribunal Federal definir a natureza, o alcance e o âmbito material de incidência do poder regulamentar introduzido no ordenamento constitucional brasileiro pela Emenda Constitucional nº 32/2001.<sup>387</sup>

#### IV.4. A atividade administrativa contra *legem*: ponderações entre legalidade, moralidade, proteção da confiança legítima e da boa-fé e eficiência. Convalidação, invalidação prospectiva e invalidação retroativa à luz do princípio da juridicidade administrativa.

Estudadas as distintas manifestações da juridicidade administrativa no direito brasileiro, cumpre, por fim, expor aquela que, dentre todas, exhibe talvez maior complexidade: a juridicidade *contra legem*. Cuida-se aqui, é bem de ver, do reconhecimento da validade jurídica dos efeitos de atos da Administração praticados em desconformidade com a lei, mas ancorados diretamente na Constituição. Essa é uma das consequências da perda da posição de centralidade que a lei outrora ostentava nos sistemas jurídico-administrativos, e sua transformação em apenas mais um dentre outros

---

forma analógica à relação entre lei e regulamento, sob pena de indevida interferência de um poder sobre outro.

386 Conforme o sistema de acompanhamento processual do STF na Internet (consulta em 26.04.2013), os autos da ADIN estão conclusos com o relator desde 28.11.2008, tendo o Ministério Público Federal se manifestado pela improcedência dos pedidos formulados na ação.

387 André Rodrigues Cyrino, apesar de considerar possível a revogação de leis por regulamentos autônomos, no âmbito de suas "matérias reservadas", sustenta que, no caso da Lei da CVM, extrapolou-se, em alguns dispositivos, o âmbito material do poder regulamentar previsto no art. 84, VI, *a*, eis que se estabeleceram, por decreto, *e.g.*, até mesmo sanções (*O Poder Regulamentar Autônomo do Presidente da República: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/01, 2005*, p. 166).

princípios constitucionais reitores da atuação da Administração Pública.

Uma hipótese mais óbvia e usual — embora não menos controvertida quanto aos seus efeitos — de *juridicidade contra a lei* é aquela configurada por uma lei administrativa inconstitucional. A supremacia da Constituição aponta no sentido da invalidação da lei, liberando os órgãos e entidades administrativos da sua execução. O problema, aqui, reside apenas em saber se a Administração deve aguardar pela anulação da lei pelo Poder Judiciário ou se está habilitada a deixar de aplicá-la, de forma auto-executória, com es- peque direto na Constituição.

Enfrentando embora diversos e autorizados entendimentos em sentido contrário, sustentei em outro trabalho<sup>388</sup> — e reafirmo aqui — a possibilidade do repúdio à lei havida por inconstitucional pelo Poder Executivo (bem como pelos demais Poderes, quando no exercício de funções administrativas), independentemente de qualquer pronunciamento judicial prévio. Com efeito, fundandose juridicamente a atividade administrativa direta e primariamente na Constituição, não há como negar à Administração Pública a condição de intérprete e executora da Lei Maior. E, se assim é, corolário lógico de tal condição é a possibilidade (e, de resto, o dever jurídico) de deixar de aplicar leis incompatíveis com a Constituição, sob pena de menoscabo à supremacia constitucional.

Figure-se um exemplo: suponha-se que um dispositivo da lei de desapropriações permitisse a expropriação por utilidade pública mediante pagamento *a posteriori* de indenização em títulos da dívida pública. Como decorrência de sua vinculação primária e direta à Constituição, deve a Administração, ao promover desapropriações por utilidade pública, submeter-se à norma constitucional que impõe o pagamento *prévio* e *em dinheiro* das indenizações nessa modalidade expropriatória.

As razões fundamentais que autorizam (e exigem) tal conduta da Administração são as seguintes:<sup>389</sup>

---

388 Gustavo Binenbojm, *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*, 2004, p. 188 e ss.

389 Não é o caso de reproduzir, neste trabalho, toda a discussão acerca do repúdio auto-executório da lei inconstitucional pela Administração Pública. Remete-se o leitor interessado ao meu *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira*, 2004, p. 188 e ss.

(i) a Administração está vinculada direta e primariamente à Constituição, cabendo-lhe zelar, ao lado dos demais Poderes, pela sua supremacia;

(ii) diante de uma lei que se lhe afigure contrária à Constituição, deve o Chefe da Administração ordenar o não-cumprimento daquela como condição para a preservação da superioridade hierárquica da Lei Maior;

(iii) a possibilidade de propositura de ação direta de inconstitucionalidade pelo Presidente da República e pelos Governadores de Estados não é impeditiva do descumprimento auto-executório, pois ao Supremo Tribunal Federal reserva-se a última palavra, mas não o monopólio da interpretação e aplicação da Constituição;

(iv) ademais, ainda que assim não fosse, a circunstância de a legitimação ativa para a propositura de ação direta não se estender aos Chefes de outros Poderes, como Prefeitos municipais e Presidentes dos Tribunais de Contas, criaria uma situação de desigualdade injustificável entre as diversas administrações públicas do país;

(v) por fim, a disciplina da ação declaratória de constitucionalidade, instituída pela Emenda Constitucional nº 03/93, ao aludir ao Poder Executivo (e à Administração Pública em todos os níveis federativos, já sob a redação da Emenda Constitucional nº 45/2004) como destinatário da decisão, tornou clara a possibilidade do descumprimento da lei pelos órgãos administrativos, com fundamento na sua inconstitucionalidade, quando inexistente pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em sede abstrata. Caso contrário, a alusão constante do 102, § 2º, da Constituição seria ociosa e inútil.

Adotam a tese aqui esposada, dentre outros, no direito brasileiro: Luís Roberto Barroso,<sup>390</sup> Lucio Bittencourt,<sup>391</sup> Miguel Reale,<sup>392</sup>

---

390 Luís Roberto Barroso, *Norma Incompatível com a Constituição. Não Aplicação pelo Poder Executivo, independentemente de pronunciamento judicial. Legitimidade*, Revista de Direito Administrativo nº 181/182, p. 387 e ss., 1990.

391 Lucio Bittencourt, *Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, 1968, p. 91, nota 3.

392 Miguel Reale, Parecer publicado no DOE de São Paulo de 19.03.63, Revista Trimestral de Jurisprudência nº 96/496, 499.



Themistocles Brandão Cavalcanti,<sup>393</sup> Vicente Ráo,<sup>394</sup> José Frederico Marques,<sup>395</sup> Carlos Maximiliano,<sup>396</sup> Caio Tácito,<sup>397</sup> Ronaldo Poletti,<sup>398</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho,<sup>399</sup> Alexandre de Moraes<sup>400</sup> e Clèmerson Merlin Clève.<sup>401</sup>

Inobstante sua relevância em outra fase do constitucionalismo brasileiro, fato é que a questão deixou de figurar dentre as mais importantes do direito público brasileiro, sobretudo após a ampliação, operada pela Carta de 1988, do rol de legitimados à deflagração da jurisdição constitucional abstrata do Supremo Tribunal Federal. A questão da juridicidade *contra legem* exhibe hodiernamente, nos campos do direito administrativo, constitucional e tributário, viés mais complexo e controvertido.

Examinar-se-á, a seguir, a hipótese de reconhecimento de efeitos válidos a atos administrativos editados em contrariedade a leis constitucionais. Nada obstante, a despeito do vício de legalidade, reconhece-se a *juridicidade* dos efeitos do ato administrativo (ou a convalidação do próprio ato de origem) por motivos ligados normalmente à *segurança jurídica e à boa-fé objetiva*, as quais, numa equação de ponderação, devam prevalecer sobre a legalidade estrita.

A segurança jurídica representa, como se sabe, uma das ideias mais caras ao Estado de direito.<sup>402</sup> Isto porque, para que as pessoas

---

393 Themistocles Brandão Cavalcanti, Revista Arquivos do Ministério da Justiça, ano XXIII, nº 95, p. 47/49.

394 Vicente Ráo, *Folha de S. Paulo*, 20.03.63, *apud* Revista Arquivos do Ministério da Justiça, ano XXIII, nº 95, p. 61.

395 José Frederico Marques, Revista Arquivos do Ministério da Justiça, ano XXIII, nº 95, p. 61.

396 Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira*, Editora da Livraria do Globo, 1929, p. 312.

397 Caio Tácito, Revista de Direito Administrativo nº 59, p. 339.

398 Ronaldo Poletti, *Controle da Constitucionalidade das Leis*, 1998, p. 129 e segs.

399 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, vol. 12, p. 564.

400 Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, 2000, p. 557/558.

401 Clèmerson Merlin Clève, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2000, p. 247/248.

402 J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 375: "Partindo da idéia de que o homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida, desde cedo se considerou como elementos constitutivos dos Estado de Direito os dois princípios seguinte: o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança do cidadão".

possam viver com paz e liberdade, é fundamental assegurar alguma estabilidade às relações jurídicas de que participam,<sup>403</sup> o que impõe a articulação de mecanismos jurídicos que confirmem previsibilidade à aplicação do direito e limitem o arbítrio do Estado, visando à *proteção da confiança* e das *legítimas expectativas* nutridas pelos cidadãos e agentes econômicos e sociais em relação às leis e atos da Administração Pública.

O tema adquiriu tamanha importância que recebe, mundo afora, tratamento de verdadeiro princípio constitucional, sendo referido no direito alemão (seu nascedouro) como *princípio da proteção da confiança*, no direito comunitário europeu como *princípio da confiança legítima* e, no direito anglo-saxônico, como *princípio da proteção das expectativas legítimas*.<sup>404</sup>

Neste sentido, pode-se afirmar que a proteção da segurança jurídica é um requisito necessário para que um ordenamento jurí-

---

403 Antonio-Enrique Pérez Luño, *La Seguridad Jurídica*. 2. ed., Barcelona: Ed. Ariel, 1994, p. 24; e Gregorio Peces-Barba Martínez, *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*, 1999, p. 246.

404 Sobre a proteção das expectativas legítimas ou da confiança legítima, especialmente no campo do direito administrativo, v. Soren Schonberg, *Legitimate Expectations in Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000; Hartmut Maurer, *Elementos de Direito Administrativo Alemão*, 2001, p. 67 e ss.; Jesús Gonzalez Péres, *El Principio General de la Buena Fé en el Derecho Administrativo*, 1999; Federico Castillo Blanco, *La Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo*, 1998; Sylvia Calmes, *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*, 2001; entre nós, com especial destaque, v. Valter Schuenquener de Araújo, *O Princípio da Proteção da Confiança: Uma Nova Forma de Tutela do Cidadão Diante do Estado*. Impetus, 2009; Almiro do Couto e Silva, *Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*. Revista de Direito Público nº 84, 1987, p. 46 ss.; Almiro do Couto e Silva, *O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)*. Revista de Direito Administrativo nº 237, 2004, p. 271/315; Judith Martins-Costa, *A Proteção da Legítima Confiança nas Relações Obrigacionais entre a Administração e os Particulares*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, vol. 22, 2002; José Guilherme Giacomuzzi, *Nunca Confie Num Burocrata: a doutrina do "estoppel" no sistema da "common law" e o princípio constitucional da moralidade administrativa (art. 37 da CF/88)*.

dico possa qualificar-se como justo,<sup>405</sup> verdadeiro princípio implícito à cláusula do Estado democrático de direito e ao sistema de direitos fundamentais.<sup>406</sup> Em clássica lição de filosofia do direito, Gustav Radbruch apontava como fins do direito a segurança, ao lado da justiça e do bem comum.<sup>407</sup> E, de modo geral, a busca da justiça e do bem comum não entra em rota de colisão com a garantia da segurança jurídica, mas antes a pressupõe.<sup>408</sup> Foi exatamente isto o que afirmou o Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferido no julgamento da Medida Cautelar nº 2900-3/RS, relatado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em que se consignou que “a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça”.

Pelo menos desde o advento das teorias iluministas do contrato social, a proteção à segurança do indivíduo é considerada função básica do Estado. Mas, se no modelo do Estado Liberal, a proteção à segurança esgotava-se na contenção ao arbítrio dos governantes, através de instrumentos como o princípio da legalidade e a proteção contra a aplicação retroativa das normas, no Estado democrático de direito torna-se necessário ampliar esta salvaguarda, em razão das outras ameaças que pairam sobre a pessoa humana e demais agentes econômicos e sociais.

Assim, à proteção da segurança incorpora-se uma relevantíssima dimensão social, que passa a envolver a garantia de condições materiais de vida digna diante da doença, da velhice, do desemprego, da miséria e de outros infortúnios. É a segurança social, também conhecida como seguridade social.<sup>409</sup> E, no contexto da “so-

---

405 Karl Larenz, *El Derecho Justo*, 1993, p. 46.

406 Neste sentido, v. Hartmut Maurer, *Elementos de Direito Administrativo Alemão*, 2001, p. 68 e ss.

407 Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito* (trad. Cabral de Moncada), 1979, p. 415/418.

408 O que evidentemente não exclui a possibilidade de ocorrência de possíveis colisões em casos concretos, carreando ao administrador e ao juiz o dever de ponderação proporcional dos princípios em conflito, de modo a alcançar uma otimizada aplicação de ambos.

409 Bernd Schulte, *Direitos Fundamentais, Segurança Social e Proibição do Retrocesso*, in *Direitos Fundamentais Sociais* (org. Ingo Wolfgang Sarlet), 2003, p. 301/332.

cidade de risco"<sup>410</sup> contemporânea, a tutela da segurança tem de abarcar também salvaguardas contra os efeitos das novas tecnologias, muitas vezes ainda imprevisíveis para a ciência de hoje, visando não só a proteção dos vivos, como também a das futuras gerações. Surgem daí alguns novos princípios jurídicos, como o princípio da precaução, de extrema relevância no campo do direito ambiental e do biodireito.

O certo é que o princípio da proteção à segurança jurídica encontra respaldo em diversos enunciados normativos inscritos na Constituição brasileira. Ele está implícito na cláusula do Estado democrático de direito (art. 1º), figura no elenco dos direitos fundamentais individuais (art. 5º, *caput*) e sociais (art. 6º), e pode ser extraído do princípio da legalidade (art. 5º, II), da proteção ao direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (art. 5º, XXXVI), e das garantias da irretroatividade e da anterioridade fiscal (art. 150, III, alíneas *a* e *b*).

Como norma constitucional que é, o princípio em questão pode incidir diretamente sobre a realidade social, sem a necessidade de mediação legislativa. Neste sentido, tem-se entendido que, a partir dele, é possível, por exemplo, buscar-se a tutela de certas expectativas legítimas do cidadão e demais agentes econômicos e sociais que ainda não se converteram em direitos adquiridos,<sup>411</sup> bem como exigir-se um grau mínimo de intelegibilidade e estabilidade das normas jurídicas.<sup>412</sup>

Por outro lado, a segurança jurídica também confere lastro constitucional a normas e institutos consagrados pela legislação ordinária, tais como a vedação à adoção retroativa de nova interpretação legal pela Administração Pública, em desfavor do administrado (art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei nº 9.784/99), a possibili-

---

410 Sobre a ideia de "sociedade de risco", veja-se Anthony Giddens; Zigmunt Bauman; Niklas Luhmann e Ulrich Beck. *Las Consecuencias Perversas de la Modernidad: Modernidad, Contingencia y Risco*. Trad. Celso Sánchez Capdequí, 1996.

411 Luís Roberto Barroso, *Discrecionariade Administrativa, Realização Adequada dos Fins Legais e Observância dos Princípios Constitucionais*, in *Temas de Direito Constitucional*, tomo II, 2003, p. 341/386.

412 Humberto Bergmann Ávila, *Sistema Constitucional Tributário*, 2004, p. 297/300; Carlos Roberto de Siqueira Castro, *Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*, 2003, p. 220/226.

dade de flexibilização dos efeitos retroativos das decisões proferidas no controle de constitucionalidade de normas (art. 27 da Lei nº 9.868/99 e art. 11 da Lei nº 9.882/99), bem como a possibilidade de convalidação ou de validação dos efeitos pretéritos de atos administrativos geradores de benefícios eivados de ilegalidade (art. 55 da Lei nº 9.784/99). De igual modo, é no princípio constitucional da segurança jurídica que encontra espeque a regra impeditiva da anulação de atos administrativos ampliativos de direitos, decorridos mais de cinco anos de sua prática (prazo decadencial), salvo comprovada má-fé (art. 54 da Lei nº 9.784/99).

A previsão constitucional dos princípios da legalidade e da segurança jurídica pressupõe, assim, uma harmonização sistêmica que enseja, conforme as circunstâncias, interessantes combinações.<sup>413</sup>

De ordinário, a segurança jurídica confunde-se com a legalidade (ou é por esta realizada), uma vez que é com o conhecimento e o respeito às prescrições legais que os particulares tornam-se aptos a prever as consequências das suas condutas (e as das demais pessoas) na vida de relação. Aliás, para ser mais explícito, a segurança jurídica é um dos valores informativos do próprio princípio da legalidade, que tem como uma de suas funções a criação de um ambiente social de previsibilidade e certeza, condição essencial para o exercício da autonomia individual. De fato, somente onde for possível aos cidadãos terem prévio conhecimento das normas de direito norteadoras da vida social é que poderão eles exercer plenamente a sua liberdade. Os princípios da segurança jurídica e da legalidade, em tais circunstâncias, aparecem como vetores de mesma

---

413 Em consonância a tal constatação, o Ministro Luiz Fux, em decisão monocrática proferida no MS 30.621/DF, afirmou que "(...) não raro, tais postulados entram em rota de colisão e apontam para soluções diametralmente opostas. Com efeito, há situações em que o princípio da legalidade administrativa recomenda a invalidação dos efeitos de atos estatais editados pelas autoridades administrativas sem a estrita observância das prescrições legais, ao passo que a incidência da segurança jurídica milita em favor da manutenção ou da convalidação de tais efeitos, forte na expectativa de juridicidade que despertam ab initio nos seus destinatários. O desafio da atividade jurisdicional é encontrar o ponto de equilíbrio ótimo entre esses vetores normativos, maximizando a efetividade dos valores últimos incorporados à ordem jurídica." (MS 30621-MC, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 13.03.2013, p. 15)

direção e sentido, apontando para a mesma solução do caso concreto.

Assim, *v.g.*, uma lei que imponha ao particular o cumprimento de determinados requisitos, como condição para a obtenção de um alvará de licença para construir. O particular conhece de antemão os requisitos e tem um prazo, também fixado na lei, para comprová-los. Deste modo, ele sabe o que se lhe é exigido para a concessão do alvará de licença, bem como o que a Administração não lhe pode exigir. Preenchidos os requisitos, terá direito subjetivo, sem surpresas, à expedição do alvará; faltando um deles ou expirado o prazo, nada poderá reclamar o particular, pois somente a sua inércia ou incapacidade se deveu a denegação do pedido. Em tal caso, legalidade e segurança andam juntas, apontando para o deferimento ou indeferimento do alvará, respectivamente.

Nem sempre é assim, todavia. Imagine-se um alvará de licença concedido por autoridade administrativa incompetente. Por exemplo, suponha-se que, de acordo com uma determinada interpretação da lei, a competência fosse alocada ao Secretário Municipal de Obras e que, posteriormente (anos depois), a Administração municipal alterasse o seu entendimento, passando a considerar competente, para a matéria, o Prefeito. O que fazer em relação a todos os alvarás de licença para construir assinados pelo Secretário de Obras, quando vigente a interpretação pretérita? Como conciliar legalidade e segurança jurídica?

Outro exemplo tornará o argumento ainda mais claro. Imagine-se a situação da empresa contratada da Administração para a realização de uma obra pública. No curso da execução do contrato (ou mesmo após o seu termo final), verifica o órgão de controle interno a existência de um vício de legalidade no edital, que contamina também o contrato administrativo, sem que para isso tenha ocorrido, de qualquer forma, a empresa contratada. O que fazer em relação à contratada, especialmente no que toca à parcela já realizada da obra pública? E se a obra já houvesse sido concluída? Como conciliar legalidade e segurança jurídica?

As duas hipóteses figuradas acima constituem situações em que legalidade e segurança jurídica não andam juntas, mas apresentam-se, ao revés, como vetores de sentidos opostos. Em tais circunstâncias, com efeito, a promoção da legalidade postularia a invalidação

retroativa (*ex tunc*) dos efeitos da licença e do contrato administrativo aventados nos exemplos, enquanto a proteção da segurança jurídica estaria a reclamar a preservação desses mesmos efeitos, quiçá não a própria convalidação dos atos que os originaram, desde a sua edição. Mas como ponderar o princípio da legalidade administrativa com outros princípios, sem abdicar da própria ideia-força do Estado de direito, que é a primazia da lei e a submissão dos atos administrativos aos seus comandos? Estar-se-ia a permitir a sobreposição da vontade da Administração às determinações legais?

O ponto nodal da questão está na circunstância de que o cumprimento da lei administrativa é, via de regra, *mediado* pela Administração Pública. Dito de outra forma, é a Administração normalmente responsável pela aplicação (mais ou menos mecânica, mais ou menos construtiva, conforme a disciplina da lei) dos comandos legais. Como condição para o desempenho de seus misteres, admite-se que os atos administrativos — como as leis — desfrutem de uma presunção de legitimidade, que despertam nos particulares, de ordinário, uma *legítima confiança* de que tenham sido editados em conformidade ao direito.

Pois bem. Tendo agido subjetivamente de boa-fé (boa-fé subjetiva), confiando legitimamente em uma situação digna de confiança gerada pelo Poder Público (*standard* de comportamento leal e confiável médio que se aproxima da boa-fé objetiva) e tendo orientado efetivamente a sua conduta em conformidade com essas premissas, não é *justo*, em maioria de casos, que essa *confiança legítima* do particular seja frustrada por uma *mudança de posição* do Estado — seja ela decorrente da invalidação de um ato administrativo ilegal ou da declaração da inconstitucionalidade de uma lei.

O *leading case*, no campo do direito administrativo, da afirmação do princípio da proteção da confiança foi uma decisão do Superior Tribunal Administrativo de Berlim, de 14.11.1956, confirmada, em 15.10.1957, pelo Tribunal Administrativo Federal alemão. Naquele caso, fora anulada a concessão de uma pensão antes deferida a uma viúva, sob a condição de que esta se transferisse de Berlim Oriental (onde vivia) para Berlim Ocidental. Após um ano, o benefício foi cancelado, ao argumento de que deferido ilegalmente, o que de fato ocorrera. Os tribunais administrativos alemães, entretanto, realizando uma ponderação entre o princípio da legalidade e o princípio da proteção à confiança — ambos de estatura

constitucional — consideraram que o segundo incidia com maior peso na espécie.<sup>414</sup>

A tal decisão seguiram-se outras que compuseram uma jurisprudência do Tribunal Administrativo Federal consagradora do que se poderia chamar de *trunfo da proteção à confiança*. Essa jurisprudência mereceu aprovação majoritária da doutrina alemã, salvo algumas oposições pontuais, fundadas numa confusão entre lei e direito (ou entre legalidade e juridicidade).<sup>415</sup>

Entre as décadas de 1950 e 1970, o princípio da proteção da confiança fez fulgurante carreira no direito alemão (chegando a ser reconhecido como princípio constitucional implícito pelo Tribunal Constitucional Federal, na década de 1970), influenciou o direito inglês e acabou por afirmar-se como princípio fundamental do direito comunitário (rebatizado como *princípio da confiança legítima*), reconhecido pela jurisprudência da Corte de Justiça das Comunidades Européias.<sup>416</sup>

Consoante lição de Hartmut Maurer, a incidência do princípio da proteção da confiança, no direito alemão, depende da concorrência de dois pressupostos:

*"(...) que o beneficente (1) confiou na existência do ato administrativo; e (2) sua confiança seja digna de proteção sob a ponderação com o interesse público em uma retratação (rectius: anulação). Essa fórmula geral ainda é concretizada pela lei em sentido diferente. A dignidade de proteção não tem lugar de antemão se o beneficiado obteve o ato administrativo antijurídico por engano,*

---

414 V., sobre o caso, Hartmut Maurer, *Elementos de Direito Administrativo Alemão*, 2001, p. 70/71; Almiro do Couto e Silva, *O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)*, *Revista de Direito Administrativo* nº 237, 2004, p. 276/277.

415 Ernst Forsthoff, por exemplo, opôs-se frontalmente ao reconhecimento do princípio da proteção à confiança, sustentando que o Estado de direito entraria em contradição consigo próprio se não desse à legalidade a primazia sobre todas as demais possíveis considerações. V. Ernst Forsthoff, *Tratado de Derecho Administrativo* (tradução de Legaz y Lacambra, Garrido Falla e Gómez de Ortega y Junge), 1958, p. 124 e ss.

416 Sylvia Calmes, *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*, 2001, p. 24 e ss.



*ameaça ou corrupção dolosa, ademais, se ele obteve o ato administrativo por declarações falsas ou incompletas, enfim, também então, se ele conhecia a antijuridicidade do ato administrativo ou em consequência de culpa grave não conhecia.*"<sup>417</sup>

Assim, partindo da construção pretoriana, o princípio alcançou previsão expressa no § 48 da Lei do Processo Administrativo alemão, de 1976, que funcionou como fonte de inspiração aos arts. 2º, parágrafo único, incisos IV e XIII, 54 e 55, da nossa Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo federal brasileira). Tais dispositivos legais nada mais representam senão a concretização legislativa do princípio da proteção da confiança legítima, que tem sua sede constitucional (i) na cláusula do Estado democrático de direito (CF, art. 1º), (ii) na cláusula do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), (iii) no princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*) e, especificamente no campo do direito administrativo, (iv) no princípio da moralidade administrativa (CF, art. 37, *caput*), expressão constitucional dos subprincípios da lealdade, boa-fé e da vedação do *venire contra factum proprium* (ninguém pode opor-se a fato a que ele próprio deu causa).<sup>418</sup>

Segundo Almiro do Couto e Silva, o maior monografista do tema no direito administrativo brasileiro, a proteção da confiança envolve hoje os seguintes tópicos principais:<sup>419</sup>

1) preservação de atos (ou, ao menos, dos efeitos já produzidos por atos) administrativos ou legislativos, invalidados por ilegais ou inconstitucionais (*v.g.*, licenças, autorizações, subvenções, vencimentos e proventos de servidores públicos, pensões de seus dependentes);

417 Hartmut Maurer, *Elementos de Direito Administrativo Alemão*, 2001, p. 72/73.

418 Sobre o tema, *v.* Anderson Schreiber, *A Proibição de Comportamento Contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*, 2005, p. 202/209.

419 Almiro do Couto e Silva, *O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)*. *Revista de Direito Administrativo* nº 237, 2004, p. 277/278.

2) responsabilidade do Estado por promessas firmes feitas por seus agentes, notadamente as relacionadas ao planejamento econômico;

3) responsabilidade pré-negocial do Estado;

4) dever do Estado de estabelecer regras transitórias em razão de bruscas mudanças introduzidas no regime jurídico administrativo (*v.g.*, dos servidores públicos, do exercício das profissões, da ordem econômica).

A tais pontos podem-se acrescentar os atos praticados tanto por *servidores de fato* (aqueles que se apresentam ao público como tais sem sê-lo) como por *servidores precários* (aqueles que exercem cargo, emprego ou função pública a título precário, por força de decisões administrativas ou judiciais passíveis de invalidação *a posteriori*).<sup>420</sup> Havendo a Administração (ou qualquer outro órgão público) concorrido comissiva ou omissivamente para a *aparência* de legalidade da situação, deverá honrar a legítima confiança depositada pelos particulares que orientaram sua conduta por atos praticados por esses agentes.

Embora o tema da segurança jurídica no campo do direito administrativo só recentemente tenha tido tratamento específico e mais aprofundado no Brasil, cumpre registrar que, ainda em 1941, Miguel Seabra Fagundes cuidou da *validação* de efeitos pretéritos de atos administrativos ilegais, bem como de sua *convalidação*, na perspectiva da distinção entre vícios de nulidade absoluta, nulidade relativa e anulabilidade (por assemelhação ao direito civil), preconizando uma ponderação entre conservação e anulação do ato, conforme apontasse o melhor interesse público.<sup>421</sup>

No plano do direito constitucional, todavia, o Supremo Tribunal Federal tem asseverado, para resguardo da boa-fé dos administrados, a legitimidade de atos praticados por servidor público investido na função pública por força de lei posteriormente declarada inconstitucional.<sup>422</sup> Outrossim, na declaração de inconstitucio-

---

420 V., sobre o tema, Luís Roberto Barroso, *O Controle da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2004, p. 20.

421 Miguel Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 7ª ed. (atualizado por Gustavo Binenbojm), 2005, p. 51/56.

422 RE 79.620, rel. Min. Aliomar Baleeiro, DJU de 14.12.1974; RE 78.594, rel. Min. Bilac Pinto, DJU de 04.11.1974; RE 78.533, rel. Min. Décio Miranda, RTJ 100/1.086.

nalidade de leis concessivas de vantagens a segmentos do funcionalismo público, o Tribunal, por motivos ligados à segurança jurídica, à boa-fé dos servidores e à vedação do enriquecimento sem causa, adotou o entendimento de que “a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei declarada inconstitucional — mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade”.<sup>423</sup>

Na seara do direito administrativo, há precedentes jurisprudenciais no sentido da *validação* (i) de cursos superiores realizados por força de liminares posteriormente cassadas e (ii) de atos praticados por servidores investidos precariamente em seus cargos.

Nada obstante, só recentemente o Supremo Tribunal Federal qualificou a segurança jurídica como princípio constitucional implícito (do qual a proteção da confiança legítima seria um *subprincípio*), decorrente da cláusula do Estado de direito, passível de ponderação com o princípio da legalidade, e a recomendar, em muitos casos, a subsistência do ato administrativo viciado ou, ao menos, a validação de seus efeitos pretéritos.<sup>424</sup>

---

423 RE 122.202, rel. Min. Francisco Rezek, DJU de 08.04.1994, RDA 202/161. Registre-se que, anteriormente, a Corte já havia adotado posição semelhante no RE 105.789, rel. Min. Carlos Madeira, RTJ 118/301.

424 Quando da primeira edição deste livro, constatou-se a existência de pelo menos três decisões do Supremo Tribunal Federal em tal sentido: MC 2.900-RS, 2ª Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, 08.03.2003 Informativo STF nº 231; MS 24.268-MG, rel. Min. Gilmar Mendes, 15.03.2004, Informativo STF nº 343; MS 22.357-DF, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 24.05.2004. Deste então, diversos julgados seguiram na mesma linha. Nesse sentido, destaca-se trecho da Ação Cível Originária nº 79, relatada pelo Ministro Cezar Peluso, na qual se consignou que “(...) no que respeita à jurisprudência específica, não são poucos os precedentes em que esta Corte vem, de há muito, reafirmando, diante de prolongadas situações factuais geradas pelo comportamento mesmo da Administração Pública, a supremacia jurídico-constitucional dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima sobre a legalidade estrita (Cf. RE nº 364.511-AgR-AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJ de 30/11/1997; QO- PET (MC) nº 2.900-RS, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno, DJ 08/03/2003; MS nº 24.268-MG, Rel. p/ o ac. Min. GILMAR MENDES, Pleno, DJ de 17/09/2004; MS nº 22.357-DF, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno, DJ de 05/11/2004; RE nº 598.099-MS, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno, DJ de 30/09/2011; MS nº 25.116-DF, Rel. Min. AYRES BRITTO, Pleno, DJ de 10/02/2011; RE nº 552.354-AgR-ED-AC-AC, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJE de 27/04/2011; e MS 25.963-DF, Pleno, DJ de 20/11/2008; MS 26.628-DF, Pleno, DJ de 21/02/2008, ambos de minha relatoria).”

O reconhecimento da estatura constitucional do princípio da segurança jurídica confere às situações em que a Administração, por condutas suas, desperta a confiança legítima dos administrados e vem a frustrá-la posteriormente, a configuração de uma *equação de ponderação* entre princípios constitucionais: de um lado, há, por reconhecimento expresso, a violação ao princípio da legalidade; de outro lado, a afronta ao princípio da segurança jurídica. Eventual prevalência, em maior porção, da segurança sobre a legalidade não importa transigência com a ideia de Estado de direito, mas decorre de uma aplicação *otimizada* da Constituição.

É sempre pertinente lembrar a lição clássica de Robert Alexy, segundo a qual princípios jurídicos (como os da segurança jurídica e da legalidade) encerram *mandados de otimização*, no sentido de que são comandos normativos que apontam para uma finalidade ou estado de coisas a ser alcançado, mas que admitem concretização em graus, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas.<sup>425</sup> Ao contrário das *regras*, que são normas binárias, aplicadas segundo a lógica do “tudo ou nada”,<sup>426</sup> os *princípios* têm uma dimensão de peso, sendo aplicados em maior ou menor extensão, conforme juízos de ponderação formulados tendo-se em conta outros princípios concorrentes e eventuais limitações materiais à sua concretização.

Ensina Humberto Ávila que os princípios apontam para um estado de coisas a ser alcançado. Portanto, “se o estado de coisas deve ser buscado, e se ele só se realiza com determinados comportamentos, esses comportamentos passam a constituir necessidades práticas sem cujos efeitos a progressiva promoção do fim não se realiza”.<sup>427</sup> Neste sentido, sem olvidar das limitações jurídicas e fáticas à sua concretização, pode-se afirmar que os princípios instituem o dever de efetivação de um estado de coisas mediante adoção de comportamentos necessários a ele.

Assim, como em qualquer caso onde se verifica a incidência simultânea de mais de um vetor constitucional apontando em sentidos opostos, cabe ao intérprete lançar mão da *ponderação proporcional* entre os princípios conflitantes. Em tal operação, deverá o intérprete-aplicador do direito (administrador ou juiz) sopesar: de um lado, a importância relativa, em termos sistemáticos, da norma

---

425 Robert Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, 1993, p. 86.

426 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1998, p. 24.

427 Humberto Bergmann Ávila, *Teoria dos Princípios*, 2004, p. 71.

legal violada (por assim dizer, a *gravidade* da ilegalidade perpetrada),<sup>428</sup> verificando a possibilidade de convalidação do vício por novo ato (sanatória voluntária) ou o decurso do prazo decadencial para a anulação do ato (sanatória involuntária); de outro lado, a existência de confiança legítima (dada pela apuração da boa-fé objetiva, qualificada ainda pela legitimidade da confiança nutrida pelo particular, na situação sob exame); a prática de atos pelo particular baseados na conduta da Administração; o tempo transcorrido desde a conduta da Administração; e o grau de irreversibilidade da situação em que se encontre o particular em decorrência da legítima confiança que foi levado a nutrir pela conduta da Administração.

Deste modo, considerando as circunstâncias do caso concreto sob exame, o intérprete-aplicador do direito deverá adotar uma dentre as seguintes soluções no que toca a atos administrativos eivados de ilegalidade:

(a) em relação a atos administrativos não geradores de benefício, deverá *invalidá-los retroativamente* (eficácia *ex tunc*), já que, por seu conteúdo específico, não há quem haja sofrido prejuízo por neles ter depositado sua confiança legítima. Aqui, a não-retroação é que poderia gerar danos a alguém. Tal seria a hipótese de um ato administrativo que indefira um benefício previdenciário e cuja ilegalidade venha a ser reconhecida posteriormente. Por evidente, a invalidação deverá retroagir para assegurar ao postulante a percepção do benefício desde a data em que a este faria jus originariamente;

(b) em relação a atos administrativos geradores de benefício, há que distinguir as seguintes situações:

(b.1) havendo previsão legal de *convalidação* (ou sendo possível, do ponto de vista lógico, a repetição do ato no momento presente, de forma lícita), esta será obrigatória, por ser a solução que, de forma *otimizada*, promove a legalidade e preserva a legítima confiança dos beneficiários. Seria a hipótese da *ratificação* (pela autoridade competente) de uma licença para construir concedida

---

428 A *gravidade* da ilegalidade perpetrada não é aferível por avaliações meramente subjetivas do aplicador do direito, senão que deve ser aquilatada em conformidade com a sistemática legal e constitucional, da qual se possa extrair uma *escala de gravidade* dos vícios do ato administrativo.

por autoridade incompetente, quando o particular houver confiado legitimamente naquele ato administrativo e realizado as obras licenciadas, no todo ou em parte. Assim, entende-se que a *possibilidade* criada pelo art. 55 da Lei nº 9.784/99 deve ser entendida, numa interpretação conforme à Constituição, como um *poder-dever*, por ser esta a interpretação que melhor realiza os princípios constitucionais em jogo;<sup>429</sup>

(b.2) não sendo possível a convalidação (por não ser logicamente possível a repetição do ato ilícito no momento presente, de forma lícita), o intérprete-aplicador do direito deverá sopesar o grau de lesividade social da ilegalidade com o grau de irreversibilidade da situação do particular que confiou legitimamente na Administração, promovendo, ao menos, a invalidação prospectiva (eficácia *ex nunc*) do ato administrativo viciado. Seria a hipótese de um contrato administrativo eivado de vício de legalidade ou antecedido de licitação com semelhante defeito. Aqui, embora não seja logicamente possível repetir o ato no momento presente (será necessária a realização de nova licitação), a solução *otimizadora* do conflito entre legalidade e confiança legítima é aquela que *valida* os efeitos já produzidos pelo contrato (a empresa contratada não terá de devolver os pagamentos recebidos por serviços já prestados), promovendo-se, no entanto, a sua desconstituição dali para frente;<sup>430</sup>

(b.3) não sendo possível a convalidação (por não ser logicamente possível a repetição do ato ilícito no momento presente, de forma lícita), mas já decorrido o prazo decadencial para a invalidação de atos ilegais pela Administração e não havendo o beneficiário

---

429 Com razão Weida Zancaner quando sustenta que, em regra, não existe discricionariedade em convalidar ou invalidar um ato administrativo viciado. O que há é um poder-dever de fazê-lo, a fim de que se preservem a legalidade e outros princípios que regem a atividade administrativa. A única exceção, ressalva, é a de atos de conteúdo discricionário praticados por autoridade incompetente. Explica a autora, que, nesse caso, a autoridade competente que não praticou o ato não pode, evidentemente, ficar compelida a praticá-lo com fins de convalidação. Weida Zancaner, *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, 2001, p. 55 e ss.

430 Tal é a solução prevista no art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, que, inobstante isto, decorreria logicamente de uma ponderação entre os princípios constitucionais da legalidade (de um lado) e da proteção da confiança legítima, da moralidade e da vedação do enriquecimento sem causa (de outro lado).

obrado de má-fé, o ato será convalidado por efeito do tempo. Neste caso, a regra legal (art. 54 da Lei nº 9.784/99) é o produto, ela mesma, de uma *ponderação legislativa*, que prestigia a tutela da confiança legítima em detrimento parcial da legalidade. Cuida-se de uma *prognose* do legislador, que considera o prazo de cinco anos como um marco temporal razoável para conferir maior prestígio à segurança jurídica que à legalidade estrita;<sup>431</sup>

(b.4) não tendo o beneficiário agido de boa-fé (dolo, coação ou fraude), não se verificando que sua confiança foi legítima (erro grosseiro da Administração, conhecimento prévio da mudança de entendimento da Administração pelo beneficiário), ou não tendo o beneficiário sofrido qualquer dano (anulação da licença para construir no dia seguinte à sua concessão), o intérprete-aplicador do direito deverá promover a *invalidação retroativa* do ato (eficácia *ex tunc*), já que não há confiança legítima a ser protegida (apenas a tutela da legalidade, que se impõe solitariamente na espécie).

Vale consignar, por oportuno, que seria também possível encontrar hipóteses de juridicidade *contra legem* por ponderações entre os princípios constitucionais da legalidade e da eficiência. O Tribunal de Contas da União — TCU já proferiu decisões nas quais constatou a necessidade de, diante do caso concreto, legitimar determinados contratos celebrados por entidades sujeitas a seu controle por força do princípio da eficiência em sua vertente da economicidade. Como anota Paulo Soares Bugarin, há decisões do TCU em que é possível depreender-se “um juízo de ponderação entre os princípios da legalidade e da economicidade, o qual posicionou-se

---

431 Almiro do Couto e Silva apresenta uma categoria de vícios de legalidade que sobreviveriam até ao decurso do prazo de cinco anos. Seriam eles hipóteses de nulidade absoluta (ou inexistência), em que a gravidade do vício justificaria a não convalidação do ato pelo decurso do tempo. Este seria o caso de atos que se situam na “área mais profunda e obscura da patologia jurídica”, como, *v.g.*, uma ordem administrativa para manter um subordinado hierárquico preso em isolamento por dez anos, uma nomeação de magistrado assinada por um parlamentar ou um ato de autorização que não precisa de forma suficientemente clara o que se está a autorizar). V. Almiro do Couto e Silva, *O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)*. Revista de Direito Administrativo nº 237, 2004, p. 300/301.

favoravelmente a uma preponderância, dados os elementos fáticos presentes, do segundo".<sup>432</sup>

Na decisão de nº 314/1994, *v.g.*, da 1ª Câmara do TCU, discutiram-se a legalidade e a economicidade relativamente ao prosseguimento de contratos de prestação de serviços contínuos de advocacia celebrados pela Rede Ferroviária Federal S.A.. Em tal caso, *flexibilizou-se* a lei de licitações, para permitir o prosseguimento do contrato, inquinado como ilegal pelo TCU, até o final de seu prazo de vigência, diante da evidência de que as despesas com o distrato, a nova licitação e a nova contratação seriam antieconômicas. Vê-se que aqui, mais do que a mera *validação* dos efeitos já consumados de um contrato administrativo inquinado de ilegalidade (o que decorreria naturalmente da ponderação entre a legalidade e os princípios da tutela da confiança legítima e da proibição do enriquecimento sem causa do Poder Público), a Corte de Contas foi além e proclamou a juridicidade integral (inclusive *ad futurum*) do contrato.

A hipótese foi, assim, de *convalidação* do contrato administrativo por força da ponderação entre (de um lado) o princípio da legalidade e (de outro lado) os princípios da eficiência e da confiança legítima. Embora não tenha havido alusão expressa a isso na fundamentação do acórdão, o TCU parece haver entendido que a mera validação dos efeitos pretéritos do contrato (com a sua *invalidação prospectiva*) *comprimia* desproporcionalmente o princípio da eficiência administrativa (face à necessidade de gasto de tempo e dinheiro pela Administração para realizar nova licitação e contratar novo escritório) e o princípio da tutela da confiança legítima (o escritório, que agiu de boa-fé e em nada contribuiu para a ilegalidade, teria assumido compromissos e feito investimentos contando com a validade e a vigência do contrato até seu termo final).

O STF, pela pena do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, acolheu expressamente a existência do princípio da proteção da confiança no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.357/DF,<sup>433</sup> que envolvia discussão acerca da admissão, sem concurso público formal, de empregados públicos pela INFRAERO. Confira-se o teor da ementa do acórdão:

---

432 Paulo Soares Bugarin, *O Princípio Constitucional da Economicidade na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União*, 2004, p. 159/160.

433 MS nº 22.357, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 09.08.2006.



*"1. Mandado de Segurança. 2. Acórdão do Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas da Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária — INFRAERO. Emprego Público. Regularização de admissões. 3. Contratações realizadas em conformidade com a legislação vigente à época. Admissões realizadas por processo seletivo sem concurso público, validadas por decisão administrativa e acórdão anterior do TCU. 4. Transcurso de mais de dez anos desde a concessão da liminar no mandado de segurança. 5. Obrigatoriedade da observância do princípio da segurança jurídica enquanto subprincípio do Estado de Direito. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 6. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica e sua aplicação nas relações jurídicas de direito público. 7. Concurso de circunstâncias específicas e excepcionais que revelam: a boa fé dos impetrantes; a realização de processo seletivo rigoroso; a observância do regulamento da Infraero, vigente à época da realização do processo seletivo; a existência de controvérsia, à época das contratações, quanto à exigência, nos termos do art. 37 da Constituição, de concurso público no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista. 8. Circunstâncias que, aliadas ao longo período de tempo transcorrido, afastam a alegada nulidade das contratações dos impetrantes. 9. Mandado de Segurança deferido."*

Desde o precedente citado acima, foram proferidas diversas decisões pelo STF pacificando a existência do princípio da proteção da confiança legítima no ordenamento jurídico brasileiro. Neste ponto, é digno de nota o acórdão proferido no bojo da Ação Cível Originária nº 79, julgada em 15.03.2012, de relatoria do Ministro Cezar Pelluso, cuja ementa se transcreve a seguir:

*"EMENTA: ATO ADMINISTRATIVO. Terras públicas estaduais. Concessão de domínio para fins de colonização. Área superiores a dez mil hectares. Falta de autorização prévia do Senado Federal. Ofensa ao art. 156, § 2º, da Constituição Federal de 1946, incidente à data dos negócios jurídicos translativos de domínio. Inconstitucionalidade reconhecida. Nulidade não pronunciada. Atos celebrados há 53 anos. Boa-fé e confiança legítima dos adquirentes de lotes. Colonização que implicou, ao longo do tempo, criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais,*

*estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc.. Situação factual consolidada. Impossibilidade jurídica de anulação dos negócios, diante das consequências desastrosas que, do ponto de vista pessoal e socioeconômico, acarretaria. Aplicação dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, como resultado da ponderação de valores constitucionais. Ação julgada improcedente, perante a singularidade do caso. Votos vencidos. Sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, não podem ser anuladas, meio século depois, por falta de necessária autorização prévia do Legislativo, concessões de domínio de terras públicas, celebradas para fins de colonização, quando esta, sob absoluta boa-fé e convicção de validade dos negócios por parte dos adquirentes e sucessores, se consolidou, ao longo do tempo, com criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc.” (ACO 79/MT, rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 15.03.2012)*

Como ensina Patrícia Ferreira Baptista,<sup>434</sup> o princípio da proteção da confiança legítima foi inicialmente invocado como limite à revisão de atos administrativo concretos, passando, em um segundo momento, a ser utilizado para a tutela da segurança jurídica face ao exercício do poder normativo. Segundo a autora, a incidência do princípio da proteção da confiança legítima no âmbito do poder normativo da Administração produziria as seguintes possíveis consequências:

- I. o estabelecimento de medidas transitórias ou de um período de *vacatio* (isto é, o direito a um regime de transição justo);
- II. a observância do termo final fixado para a vigência da norma revogada;
- III. a outorga de indenização compensatória pela frustração da confiança;
- IV. exclusão do administrado da incidência da nova regulamentação

---

<sup>434</sup> Patrícia Ferreira Baptista, *A Tutela da Confiança Legítima como Limite ao Exercício do Poder Normativo da Administração Pública – A Proteção às Expectativas Legítimas dos Cidadãos como Limite à Retroatividade Normativa*, in *Revista de Direito do estado (RDE)* nº 3, jul/set. 2006, p. 155/181.

ção, preservando-se a posição jurídica obtida à luz da regulamentação revogada.

A definição da consequência específica dependerá das circunstâncias do caso concreto, mediante juízo de ponderação entre o interesse do particular na preservação da sua posição e o interesse público na aplicação das novas regras. A escolha recairá sobre a medida que impuser o menor grau de sacrifício aos interesses em jogo. Segundo a autora, "é possível antecipar que a previsão de medidas transitórias, a obrigação de respeitar o termo de vigência previsto para a norma e a outorga de uma indenização deverão preferir, nessa ordem, a preservação da posição jurídica alcançada em virtude da norma revogada."<sup>435</sup>

Quanto aos regulamentos ilegais, todavia, sustenta que o princípio não tem aplicação, por força da necessidade de preservação da norma constitucional de submissão da Administração Pública à lei e ao Direito. Admite, todavia, pelo menos duas exceções: (i) a de ilegalidade superveniente, decorrente de alteração nas circunstâncias de fato ou de direito que fundaram a edição do ato normativo; e (ii) por analogia com o art. 27 da Lei nº 9.868/99, em se tratando de atos normativos vigentes por longo período de tempo e cujos efeitos tenham atingido um grande número de administrados.

Entendemos que o reconhecimento de situações de juridicidade *contra legem* em relação a regulamentos ilegais é possível, por razões ligadas à proteção da segurança jurídica, tal como o STF tem reconhecido em relação a leis declaradas inconstitucionais. O fundamento de tal reconhecimento é uma operação de ponderação entre o princípio da legalidade e outros princípios constitucionais, à luz das circunstâncias da hipótese em exame, tendo o art. 27 da Lei nº 9.868/99 efeito meramente *declarativo* daquilo que já contido nas *dobras* do sistema normativo erigido pela Constituição.

De tudo quanto foi exposto, é legítimo concluir que:

1. A vinculação do Poder Público à juridicidade importa não apenas a rígida observância das leis, mas também a proteção da

---

435 Patrícia Ferreira Baptista, A Tutela da Confiança Legítima como Limite ao Exercício do Poder Normativo da Administração Pública – A Proteção às Expectativas Legítimas dos Cidadãos como Limite à Retroatividade Normativa, in Revista de Direito do estado (RDE) nº 3, jul./set. 2006, p. 171.

segurança jurídica, entendida como tutela da legítima confiança depositada pelos administrados nas condutas da Administração;

2. O princípio da segurança jurídica tem assento constitucional e deve ser ponderado com a legalidade estrita, caso a caso, segundo critérios comparativos entre a gravidade da violação à lei e o grau de lesividade, que decorreria da invalidação retroativa do ato, ao particular, cuja confiança legítima foi violada;

3. A convalidação ou a validação dos efeitos pretéritos de um ato administrativo eivado de ilegalidade (invalidação prospectiva) constituem, por vezes, formas *otimizadas* de cumprir a Constituição, o que se dará quando o peso relativo do princípio da proteção da confiança legítima sobrepujar aquele atribuído ao princípio da legalidade;

4. Eventualmente, as soluções da convalidação ou da invalidação prospectiva podem decorrer de uma ponderação entre o princípio da legalidade com outros princípios constitucionais, como o princípio da eficiência;

5. Assim, conforme as circunstâncias do caso concreto, *invalidação retroativa*, *invalidação prospectiva* e *convalidação* serão as formas possíveis de expressão da juridicidade administrativa. As duas últimas configuram hipóteses de juridicidade administrativa contra a lei.