

ELEMENTOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

1.^a edição

2.^a tiragem

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO

ELEMENTOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

1.ª edição
2.ª tiragem

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS
SÃO PAULO — 1981

CIP-Brasil. Catalogação-na-Fonte
Câmara Brasileira do Livro, SP

M485e
1. ed.
2. tir.
Mello, Celso Antônio Bandeira de, 1936.
Elementos de direito administrativo / Celso Antônio Bandeira de Mello. — 1. ed., 2. tiragem — São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1981.
ISBN 85-203-0018-9

1. Direito administrativo 2. Direito administrativo — Brasil 1. Título.

79-1504
CDU:35
.35(81)

Índices para catálogo sistemático:

- 1. Brasil : Direito administrativo 35(81)
- 2. Direito administrativo 35

1.ª edição, 1.ª tiragem: 1980

Exemplar

3284

ISBN 85-203-0018-9

© desta edição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Conde do Pinhal, 78 — Tel. (0111) 37-8689

01501 São Paulo, SP, Brasil.

Março de 1981

Aos professores

- ADILSON ABREU DALLARI
- ANA MARIA SOUZA PINTO FRONTINI
- ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL
- CLOVIS BEZOS
- DIOGENES GASPARINI
- EURÍPEDES CLOVIS DE PAULA
- HAYDÉE ANTUNES CARLINI
- LUCIA VALLE FIGUEIREDO COLLARILE
- LUCIANO FERREIRA LEITE
- MARCIO CAMMAROZANO
- MARIA CLAUDIA ANÇÃO
- MARIA CUERVO SILVA VAZ CERQUINHO
- MARIA EMILIA MENDES ALCÂNTARA
- MARIA HELENA DINIZ
- MARIA TEREZA CHIOCCETTI
- NEIDE FALCO PIRES CORREA
- NIRICLES MONTICELLI BREDA
- PERCIVAL JULIO VAZ CERQUINHO
- RÉGIS FERNANDES DE OLIVEIRA
- REILDA MEIRA SCHAHIN
- SILVIA TEIXEIRA CARSOLO

equipe valiosa de cuja amizade me honro e à qual agradeço o inestimável auxílio que me tem prestado com seu companheirismo leal, sua extrema dedicação e entusiasmo da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CAPÍTULO I

O Regime Jurídico-Administrativo

SUMÁRIO: I — Introdução. II — Conteúdo do regime jurídico-administrativo. III — Valor metodológico da noção de regime administrativo.

I — INTRODUÇÃO

1. Diz-se que há uma disciplina jurídica autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe dão identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito.

Só se pode, portanto, falar em direito administrativo, no pressuposto de que existam princípios que lhe são peculiares e que guardam entre si uma relação lógica de coerência e unidade compondo um sistema ou regime: o regime jurídico-administrativo.

2. A farta e excelente bibliografia internacional de direito administrativo não tem, infelizmente, dedicado de modo explícito atenção maior ao regime administrativo, considerado em si mesmo, isto é, como ponto nuclear de convergência e articulação de todos os princípios e normas de direito administrativo. Quer-se com isto dizer que embora seja questão assente entre todos os doutrinadores a existência de uma unidade sistemática de princípios e normas que formam em seu todo o direito administrativo, urge incrementar estudos tendentes a determinar, de modo orgânico, quais são abstratamente os princípios básicos que o conformam, como se relacionam entre si e quais os subprincípios que deles derivam.

3. Pretende-se que é instrumento útil para evolução metodológica do trato do direito administrativo, considerar o regime administrativo enquanto categoria jurídica básica, isto é, tomado como de hábito se faz, ao tratá-lo apenas implicitamente, consubstanciadas e traduzidas nos diferentes institutos.

4. Acredita-se que o progresso do direito administrativo em grande parte, da identificação das tendências dependentes norteiam na atualidade, *assim como da metódica dedução de todos os princípios subordinados e subprincípios que o originariamente, nas noções categoriais que prescindem sua organicidade.*

5. O que importa sobretudo é conhecer o direito administrativo como um sistema coerente e lógico, investigando limitadamente as noções que instrumentam sua compreensão limitada. É oportuno aqui recordar as palavras de Geraldo Ataliba:

“O caráter orgânico das realidades componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduzem o homem a abordar as realidades que pretende estudar, sob a ótica, em tentativa de alta utilidade científica e conveniência pedagógica, em composição de reconhecimento coerente e harmônico do todo em uma realidade maior.

A esta composição de elementos, sob perspectiva unitária, se denomina sistema.”¹

6. A este sistema, reportado ao direito administrativo, designamos regime jurídico-administrativo. Feitas estas considerações preliminares, importa indicar quais são, em nosso entender, as “pedras de toque” do regime jurídico-administrativo.

Partindo do universal para o particular, diríamos que o direito administrativo, entroncado que está no direito público, reproduz, no geral, as características do regime de direito público, acrescidas àquelas que o especificam dentro dele.

1. Geraldo Ataliba, *Sistema Constitucional Tributário Brasileiro*, 1966, p. 4.

Aquele resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares. Juridicamente esta caracterização consiste, no direito administrativo, segundo nosso modo de ver, na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente, se delinea em função da consagração de dois princípios:

a) *Supremacia do interesse público sobre o privado.*

b) *Indisponibilidade dos interesses públicos.*

7. Interessam-nos, aqui, repita-se, estes aspectos porque pertencem ao regime público especificamente administrativo. Concerne à função estatal, exercitada tanto através do corpo de órgãos não personalizados que compõem a chamada Administração em sentido orgânico — coincidindo “grosso modo” com os órgãos do Poder Executivo — quanto através das pessoas públicas exclusivamente administrativas, designadas na técnica do direito italiano e brasileiro como “autarquias”.

8. Os dois princípios, referidos acima, são aqui realçados não em si mesmos mas em suas repercussões no ordenamento jurídico em geral. Assim, têm importância, sem dúvida, suas justificações teóricas, mas, para o jurista, o que interessa mais, como dado fundamental, é a tradução deles no sistema.

Com isto se esclarece inexistir o propósito de lhes conferir valor absoluto — à moda do que Duguit fazia com o serviço público, por exemplo.² Atribui-se-lhes a importância de pontos

2. Para Duguit o valor da noção de serviço público não descansava na acolhida que lhe desse o sistema normativo, mas, pelo contrário, residia em si mesmo e bem por isso tinha que se impor aos legisladores que, “cedo ou tarde”, se veriam arrastados ou compelidos ao reconhecimento de que tais ou quais atividades são por si mesmas serviço público, enquanto outras, também por si mesmas, não o são (Leon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 2.ª ed., 1923, tomo II, pp. 54 e ss.). Note-se que conceito desta ordem é antes sociológico que jurídico e serve muito bem como fundamento político para o direito administrativo, mas não se lhe adapta como critério. É elucidativa sua disputa com Jéze a propósito da questão.

Enquanto Duguit pretendia reconhecer o serviço público na própria realidade social, Jéze pretendia localizá-lo na “intenção dos governantes”. Isto significa que este último buscava um critério jurídico, deduzível a partir do “regime” atribuído pela lei; é, aliás, o que faz questão de frisar (vide a propósito às pp. 67 e 68 do *Traité de Duguit*, vol. cit. e às pp. 18 e ss. e sobretudo, nota de rodapé n. 35 dos *Princípios Generales del*

fundamentais do direito administrativo, não porque possuam em si mesmos a virtude de se imporem como fontes necessárias do regime, mas porque, investigando o ordenamento jurídico-administrativo, acredita-se que eles hajam sido encampados por ele e nesta condição validados como fonte matriz do sistema. Logo, não se lhes dá um valor intrínseco, perene e imutável. Dá-se-lhes importância fundamental porque se julga que pelo ordenamento jurídico que assim os qualificou.

9. Vai-se, portanto, daqui por diante, procurar examinar, do modo mais sintético possível, em que consiste a tradução jurídica daqueles dois princípios mencionados. *Todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público.*

A ereção de ambos em pedras angulares do direito administrativo, parece-nos, desempenha funções explicadora e aglutinadora mais eficiente que as noções de serviço público, *puissance publique*, ou utilidade pública.³

Derecho Administrativo, de Jéze, trad. argentina da 3.ª ed. Francesa, 1949, vol. III).

Intelectualmente, aqui não nos podemos deter neste problema que, em nosso entender, envolve duas questões distintas, a saber: o problema do fundamento conveniente e adequado para o direito administrativo e o problema da própria realidade jurídica, serviço público, adotada como critério desta disciplina do Direito. Fica afirmado, entretanto, que preferimos a posição de Jéze.

3. Os doutrinadores franceses têm-se ocupado sempre em encontrar uma idéia-chave para o direito administrativo, isto é, uma noção matriz, que organize e explique logicamente esta disciplina jurídica, funcionando como critério dela. Pretendem que, à falta de uma idéia capaz de impor um cunho sistemático ao conjunto de "regras administrativas, ter-se-ia apenas um aglomerado inconsistente de normas e dificilmente se saberia quando aplicar as regras administrativas.

O primeiro critério adotado e que recebeu o impulso e apoio dos principais autores do século XIX, como Barbie, Aucoc, Ducrocq, Laferrière, e mais tarde, de Berthélemy foi o do "poder público" ou *puissance publique* e se estribava na distinção entre atos de império e atos de gestão. Entendia concernente ao direito administrativo a atividade que o Estado desenvolvia enquanto "poder de comando", isto é, via de autoridade.

Posteriormente esta concepção foi substituída, na simpatia da maioria da doutrina, pela noção de serviço público, teorizada por Duguit e seus adeptos, sobretudo Bonnard, Jéze, Rolland e Laubadère. Em razão da chamada crise do serviço público produzida pela mudança das con-

10. Examinemos pois, ambos os princípios e as expressões jurídicas peculiares que assumem, uma vez que, tanto aqueles como estas, em suas traduções particularizadas é que constituem a matéria-prima do jurista, a quem só interessam sistemas de normas e princípios encampados pela ordem jurídica, isto é, enquanto realidades desta província do conhecimento humano.

dições sociais, que acarretaram alterações no modo de proceder do Estado, com reflexos importantes na esfera jurídica, a noção foi-se desprestigiando e surgiram novas orientações.

Assim, Waline pretendeu substituí-la pela noção de utilidade pública e de interesse geral, abandonando, mais tarde, esta pretensão, uma vez que se tratava de critério excessivamente lato e, por conseguinte, de utilidade e aplicação pouco firmes.

Vedel propõe a conjugação da noção de Poder Executivo com *puissance publique* (esta expressão não tem em português um correspondente exato que reflita com fidelidade o seu sentido; traduzida literalmente significaria Poder Público. Esta é a razão pela qual, já havendo explicado em que consiste, insistimos em usar o vocábulo francês) como notas típicas do regime administrativo. Assim se manifesta Vedel: "Por regime administrativo entendemos as regras essenciais que dominam a atividade administrativa, isto é, os princípios fundamentais do direito administrativo". A seguir passa a relacioná-los. Seriam: A separação das autoridades administrativas e judiciárias, a prerrogativa de tomar decisões executórias, o princípio da legalidade e o da responsabilidade do Poder Público (Georges Vedel, *Droit Administratif*, 1958, tomo I, pp. 33 e 34).

Ultimamente vem sendo renovado o critério da *puissance publique*, trazendo, agora, um conteúdo de certa forma modificado. Não se refere mais específica e exclusivamente a "atos de autoridade" e "poderes comandantes", como em seu sentido primitivo, mas, indica a situação da atividade desempenhada em condições exorbitantes do direito privado, de acordo com prerrogativas e limitações inexistentes neste. Daí a introdução da expressão "gestão pública", por alguns preferida. Rivero, discípulo de Berthélemy, propugna a conjugação das noções de *puissance publique*, em sua forma primitiva, e de restrições especiais em razão da legalidade e obrigatoriedade dos atos administrativos. Daí afirmar que "as regras de direito administrativo se caracterizam em relação às de direito comum, seja pela circunstância de conferirem à administração prerrogativas sem equivalentes nas relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de ação sujeições mais estritas que as que submetem os particulares em suas relações entre si" (Rivero, *Droit Administratif*, 2.ª ed., p. 32).

Sobre os vários critérios fundamentais no direito administrativo francês, veja-se entre outros: Laubadère, *Traité de Droit Administratif*, vol. I, pp. 37 a 51, ns. 44 a 63; Rivero, *Droit, Administratif*, pp. 29 a 33, ns. 28 a 32; Buttgenbach, *Les modes de gestion des services publics en Belgique*, pp. 5 e ss.

ELEMENTOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

II — CONTEÚDO DO REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

11. A) Supremacia do interesse público

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no direito público. Proclama a superioridade do interesse público, firmando a prevalência dele sobre o interesse privado, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.

12. No campo da administração, deste princípio procedem as seguintes consequências ou princípios subordinados:

a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares;

b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações.

13. a) Esta posição privilegiada encarna os benefícios que a ordem jurídica confere a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos, instrumentando os órgãos que desempenham para um bom, fácil, expedito e resguardado são atribuídos. Os efeitos desta posição são de diversa ordem e manifestam-se em diferentes campos.

Não cabem aqui delongas a respeito. Convém, entretanto, lembrar, sem comentários e precisões maiores, alguns exemplos: a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos; o benefício de prazos em dobro para intervenção ao longo do processo judicial; a posição de ré, fruída pela Administração, na maior parte dos feitos, transferindo-se ao particular a situação de autor com os correlatos ônus, inclusive os de prova; prazos especiais para prescrição das ações em que é parte o Poder Público etc.

14. b) A *posição de supremacia*, extremamente importante, é muitas vezes metaforicamente expressada através da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre Administração e particulares; ao contrário da horizontalidade, típica das relações entre estes últimos.

Significa que o Poder Público se encontra em situação autoritária, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos

em confronto. Compreende, em face da desigualdade dos interesses postos em confronto a possibilidade, em favor da Administração, de *constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral* daquela. Implica, outrossim, no direito de *motu proprio, também unilateralmente*, relações já estabelecidas. Tal prerrogativa se expressa nas diferentes manifestações daquilo que a doutrina francesa chama *puissance publique*, correspondendo ao *jus imperii*.

15. No Direito Público, em geral, esta situação se expressa bem nos excelentes comentários do Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que merecem transcrição literal: "A manifestação da vontade do Estado, internamente, se faz, de regra, de *forma unilateral*, tendo em vista o interesse estatal, como expressão do interesse do todo social, em contraposição à outra pessoa por ela atingida ou com ela relacionada. E, mesmo quando as situações jurídicas se formam acaso por acordo entre partes de posição hierárquica diferente, isto é, entre o Estado e outras entidades administrativas menores e os particulares, o regime jurídico a que se sujeitam é *de caráter estatutário*. Portanto, a autonomia da vontade só existe na formação do ato jurídico. Porém, os direitos e deveres relativos à situação jurídica dela resultante, a sua natureza e extensão são regulamentados por ato unilateral do Estado, jamais por disposições criadas pelas partes. Ocorrem, através de processos técnicos de imposição autoritária da sua vontade, nas quais se estabelecem as normas adequadas e se conferem os poderes próprios para atingir o fim estatal que é a realização do bem comum. É a ordem natural do direito interno, nas relações com outras entidades menores ou com particulares".⁴

O *poder de polícia administrativa* é uma das expressivas emanções *desta situação autoritária*. Em razão da supremacia dos interesses públicos sobre os privados, a Administração, funcionando como guardiã do bem-estar coletivo exerce o chamado "Poder de Polícia", na conformidade da lei.

É o que bem se vê anotado em Caio Tácito ao conceituar o poder de polícia e expor sua convivência com o princípio da legalidade. Diz o ilustrado mestre: "O poder de polícia é,

4. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, "Conceito de Direito Administrativo", in *Rev. da Universidade Católica de São Paulo*, 1964, vol. XXVIII, p. 36.

em suma, o conjunto de atribuições concedidas à administração para disciplinar e restringir, em favor de interesse público adequado, direitos e liberdades individuais. Essa faculdade administrativa não violenta o princípio da legalidade porque a própria essência constitucional das garantias do indivíduo supremacia dos interesses da coletividade".⁵

Assim também é princípio do direito administrativo a pertinência do poder de polícia à Administração, isto é, a prerrogativa de conformar o interesse privado aos interesses públicos, limitando ou condicionando o exercício daquele em função da supremacia destes últimos. Não se deve, entretanto, perder de vista que o exercício de tal poder pressupõe sempre uma habilitação legal expressa ou implícita.

16. Da conjugação da posição privilegiada (a) com a posição de supremacia (b) resulta a exigibilidade dos atos administrativos — o *droit du préalable* dos franceses e a execução sobre a pessoa ou coisa, como a chamada execução de ofício.

17. Também decorrem da conjugação dos preceitos mencionados, a possibilidade de revogação dos próprios atos através de manifestação unilateral de vontade, bem como decretação de nulidade e anulabilidade dos atos administrativos pela própria Administração Pública. Estes últimos cânones mencionados configuram a chamada autotutela.

18. Todos os princípios expostos e que se apresentam como decorrências sucessivas, uns dos outros, sofrem, evidentemente, limitações e temperamentos e, como é óbvio, têm lugar na conformidade do sistema normativo, segundo seus limites e condições, respeitados os direitos adquiridos e atendidas as finalidades contempladas em as normas que os consagram.

Entretanto, o certo é que existam tais cânones, reconhecíveis no ordenamento jurídico e aceitos tranqüila e pacificamente pela doutrina, ao passo que inexistem nas relações que contêm-plam interesses privados, concernentes ao comércio jurídico estabelecido entre particulares.

5. Caio Tácito, "O poder de polícia e seus limites", in RDA, 27/18.

19. B) Indisponibilidades dos interesses públicos. A indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade — internos ao setor público — não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los — o que é também um dever — na estrita conformidade do que predis-puser a *intento legis*.

20. É sempre oportuno lembrar a magistral lição de Cirne Lima a propósito da relação de administração. Explica o ilustre mestre que esta é "a relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente".⁶ Nela não há apenas um poder em relação a um objeto, mas, sobretudo, um dever, cingindo o administrador ao cumprimento da finalidade, que lhe serve de parâmetro.

"Na administração o dever e a finalidade são predominantes, no domínio, a vontade".⁷ Administração é a "atividade do que não é senhor absoluto".⁸ O mestre gaúcho pondera acertadamente que "a relação de administração somente se nos depa-rra, no plano das relações jurídicas, quando a finalidade a que a atividade de administração se propõe, nos aparece defendida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros".⁹

Em suma, o necessário — parece-nos — é encarar que na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela.

Relembre-se que a Administração não titulariza interesses públicos. O titular deles é o Estado que, em certa esfera, os protege e exercita através da função administrativa, mediante o conjunto de órgãos (chamados administração, em sentido subjetivo ou orgânico), veículos da vontade estatal consagrada

6. Ruy Cirne Lima, *Princípios de Direito Administrativo*, 3.ª ed., 1954, p. 63.

7. Ruy Cirne Lima, ob. cit., p. 54.

8. Ruy Cirne Lima, ob. cit., p. 21.

9. Ruy Cirne Lima, ob. cit., p. 54.

em lei. Caio Tácito observa com precisão exemplar que a *função administrativa ou executiva* "se realiza dentro em normas criadas pela função legislativa ou normativa...".¹⁰

21. As pessoas exclusivamente administrativas, autarquias, precisamente em razão do fato de assim se qualificarem, são entidades servientes. Isto significa que, por serem pessoas, podem — ao contrário da Administração — titularizar interesses públicos, mas, apenas, na condição de servas de uma vontade anterior, jungidas ao cumprimento exato dos fins que aquela vontade, por lei, lhes assinalou.

Sendo pessoas administrativas, sua província é a da relação de administração e, por isso mesmo, estão adstritas ao cumprimento de uma finalidade. Ainda aí, é o dever, a finalidade e não a vontade, que comandam sua ação. Não dispõe a seu talante sobre os interesses públicos; não os comandam com sua vontade; apenas cumprem, ainda quando o fazem discricionariamente, em muitos casos, a vontade da lei. Esta, em toda e qualquer hipótese, lhes serve de norte, de parâmetro e de legitimação.

As pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e reações do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso a Administração e a pessoa administrativa, autarquia, têm caráter meramente instrumental.

22. Exposto o conteúdo e significado da indisponibilidade do interesse público, podem-se extrair as consequências deste princípio, que se vazam no regime dito administrativo, caracterizador também da pessoa pública administrativa, autarquia.

Uma vez que a atividade administrativa é subordinada à lei, e firmado que a Administração, assim como as pessoas administrativas (autarquias), não têm disponibilidade sobre os interesses públicos, mas apenas o dever de curá-los nos termos das finalidades predeterminadas legalmente, compreende-se que estejam submetidas aos seguintes princípios:

a) da legalidade;

¹⁰ Caio Tácito, "O Abuso do Poder Administrativo no Brasil", in RDA, 56/1.

- b) da obrigatoriedade do desempenho de atividade pública;
- c) do controle administrativo ou tutela;
- d) da isonomia, ou igualdade dos administrados em face da administração;
- e) da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos.

23. a) O princípio da legalidade explicita a subordinação da atividade administrativa à lei¹¹ e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público, noção esta que, conforme foi visto, informa o caráter da relação de administração. No Brasil o § 2.º do art. 153 da Carta Constitucional de 1969 dispõe:

"Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Hely Lopes Meirelles ensina que: "A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso".¹²

O autor citado não quis, certamente, restringir o princípio da legalidade ao agente, isto é, ao administrador, embora haja se referido expressamente a ele. O princípio, que formulou com tanta clareza, diz respeito à Administração em si, à atividade

11. Fritz Fleiner esclareceu o sentido de Administração legal, afirmando: "Administração legal significa então: Administração posta em movimento pela lei e exercida nos limites de suas disposições" (*Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, 1933, p. 87).

Forsthoft encarrega as relações entre o princípio da legalidade e liberdade individual ao considerar que na lei se assenta a garantia da liberdade individual o que se verifica por uma dupla maneira: por um lado através do exposto reconhecimento de liberdades determinadas, por outro lado graças ao princípio da legalidade da legislação ordinária, não admite maiores intervenções na liberdade e propriedade além das que se acham legalmente permitidas. Este princípio se baseia na divisão de poderes e pressupõe que a Administração age embaçada na divisão (*Tratado de Derecho Administrativo*, pp. 252 e 253).

12. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 1964 p. 56.

14

14 Administrativa como um todo, englobando, é certo, seus dados de verdade que o mesmo doutrinador com a validade de toda atividade agentes. Tanto isto "A eficácia e a validade de toda atividade administrativa estão condicionadas ao atendimento da lei. Na precisão assinalou: "A eficácia e a validade de toda atividade administrativa estão condicionadas ao atendimento da lei. Na administração pública, não há liberdade pessoal. Enquanto a administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, administração pública só é permitido fazer o que a lei administra. Esta última frase sintetiza, excelentemente, o conteúdo do princípio da legalidade.

A atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos de autorização contida no sistema legal. A legalidade na Administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição de sua ação.

Administrar é aplicar a lei, de ofício.¹⁴
Em suma, a lei ou mais precisamente o sistema legal é o fundamento jurídico de toda e qualquer ação administrativa. A expressão legalidade, deve, pois, ser entendida como "conformidade ao direito",¹⁵ adquirindo então um sentido mais extenso. É desdobramento de um dos aspectos do princípio da legalidade o respeito, quando da prática de atos individuais, aos atos genéricos que, precedentemente, a Administração haja produzido para regular seus comportamentos ulteriores.¹⁷

13. Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 57.

14. Seabra Fagundes, *Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos*, 1957, 3.^a ed., p. 17.

15. O princípio da legalidade, que tradicionalmente tem merecido a atenção e o interesse da doutrina francesa, hoje, na França, sofre importantes atenuações ou pelo menos, modificações de conteúdo como portantes a Constituição de 1958 que instituiu "matérias reservadas" à competência administrativa, vedando a intervenção do Legislativo. Veja-se, a este propósito, Rivero, ob. cit., pp. 14 a 16, n. 9 e p. 74, n. 77-B e sobretudo, Wáline, ob. cit., pp. 128 e ss., especialmente o n. 204.

O mesmo princípio sofre, ainda, em outro sentido, importantes restrições, particularmente em face da chamada "teoria das circunstâncias excepcionais". Sobre a matéria vide George Vedel, ob. cit., vol. I, pp. 162 e ss., Wáline, *Droit Administratif*, 9.^a ed., pp. 886 e ss., e sobretudo Laubadère, ob. cit., vol. I, pp. 228 e ss.

16. Vedel, ob. cit., vol. I, p. 143.

17. Rivero, ob. cit., pp. 74 e ss. No mesmo sentido Fritz Fleiner que diz: "A autoridade administrativa não está ligada apenas pelo direito criado pelo legislador ao qual está subordinada; está igualmente (subordinada) pelo direito que ela própria cria, ligada a seus próprios regulamentos e seus estatutos autônomos" (ob. cit., p. 92).

15

24. A exata compreensão do princípio da legalidade não significa — nem exclui — o fato de que à Administração incumbe criar concretamente — embora em nível sublegal — a utilidade pública, fato que postula necessariamente o princípio da *discionariedade*.

Com efeito discionariedade e apreciação subjetiva caminham *pari passu*. A vinculação surge quando ocorre objetiva submissão entre a hipótese prevista na lei e o caso concreto. Ora, sendo materialmente impossível a previsão exata de todos os casos e tendo-se em conta o caráter de generalidade próprio da lei, decorre que à Administração restarão, em inúmeras ocasiões, a faculdade e o *dever* de apreciar discionariedade as situações vertentes, precisamente para implementar a finalidade legal a que está jungida pelo princípio da legalidade.

Entretanto, o fim legal é sempre o termo a ser atingido pela lei.

Victor Nunes Leal, sempre seguro e oportuno, comenta: "Se a Administração não atende ao *fin legal*, a que está obrigada entende-se que *abusou* de seu poder... O fim legal é, sem dúvida, um limite ao poder discionário. Portanto se a ação administrativa desatende a essa finalidade, deve-se concluir que extralimitou de sua *zona livre*, violando uma prescrição jurídica expressa ou implícita, o que a transpõe, por definição, para a *zona vinculada*".¹⁸

25. Do princípio da legalidade são deduzíveis importantes consequências. Os atos praticados em seu desconhecimento são viciados, qualquer que seja o defeito que apresentam em face da legalidade. Inclui-se na hipótese, por conseguinte, o caso de *excesso* ou *desvio de poder*¹⁹ que não é senão um sub-

Laubadère registra a posição diferente assumida por Eisemann para quem o princípio da legalidade tem o sentido restrito de "limitação da administração pelas leis formais" (ob. cit., vol. I, p. 193).

18. Victor Nunes Leal, *Problemas de Direito Público*, 1960, p. 285.

19. José Creteia Júnior, in *Desvio de Poder*, 1964, p. 36, expende excelente lição a propósito: "Ao contrário do que julgam muitos tratadistas, a legalidade não é formada apenas de elementos externos, relacionados com a competência, objeto e forma. A legalidade penetra até os motivos e, principalmente, até o fim do ato. É ilegal o ato em que o fim é viciado. Sendo o *desvio de poder* o uso indevido ou viciado que de suas atribuições faz a autoridade, tudo se resolve, afinal, num problema de *excesso* ou *abuso de poder* e este, por sua vez, conduz à incompetência. Daí, dizer-se que o juiz do ato administrativo não sai do exame