

Do princípio da legalidade ao respeito ao Direito

SABINO CASSESE

Excerto do capítulo “La costituzionalizzazione del diritto amministrativo”, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*. Turim: Giappichelli, 2016

Esta é uma tradução para uso estritamente acadêmico, na disciplina “O princípio da legalidade no direito administrativo”, ministrada em 2020 junto ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Não citar, não divulgar, não reproduzir

O primeiro e mais importante princípio do direito administrativo é o da legalidade.

É um princípio não explicitamente declarado na Constituição Italiana, mas implícito em seu art. 113, segundo o qual a proteção judicial de direitos e interesses legítimos perante os órgãos de jurisdição ordinária ou administrativa é sempre permitida contra atos da administração pública. No entanto, há aqueles que acreditam que ele encontra sua base no art. 23 da Constituição, segundo a qual nenhum benefício pessoal ou patrimonial pode ser imposto, exceto nos termos da lei. De forma atenuada, art. 1º, parágrafo 1º, da Lei n. 241/1990, que regula o processo administrativo, estabelece que: "a atividade administrativa prossegue os propósitos determinados por lei". Acrescenta também, ao final, que as modalidades de desenvolvimento da “atividade da administração” são ditadas pelas disposições legais aplicáveis aos processos individuais e pelos princípios do direito comunitário". Dessa maneira, esses princípios se tornam um limite da atividade administrativa nacional.

De forma indireta, mas em termos mais amplos, o princípio da legalidade aparece no art. 19 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), segundo o qual a Corte de Justiça "garante o respeito da lei na interpretação e aplicação dos tratados", e pelo art. 263 do mesmo Tratado, que estabelece que a Corte de Justiça é

responsável por fiscalizar a legalidade dos atos das entidades que integram a Comunidade Europeia.

De acordo com o princípio da legalidade, a atividade administrativa deve encontrar uma base na lei, no sentido de que os poderes públicos possam exercer apenas os poderes conferidos por lei, e somente do modo prescrito por lei.

A principal função do princípio da legalidade é a proteção dos cidadãos: o Parlamento, através da lei, garante a liberdade, defendendo-o da administração pública. Isso foi bem resumido pelo Tribunal Constitucional (Decisão nº 4/1962 e nº 383/1998): qualquer tipo de limitação imposta sobre os direitos dos cidadãos demanda o consenso do órgão que extrai deles sua investidura direta". O princípio assim afirmado tem suas raízes na máxima de origem romanística e depois canônica "quod omnes tangit, ab omnibus comprobetur", a partir do qual foram traçados tanto o contraditório, essencial para o funcionamento da justiça, quanto a democracia. Sobre a qual devem se fundamentar as decisões coletivas.

O princípio da legalidade também tem outra função, a de garantir o funcionamento do circuito democrático: eleição popular do Parlamento - aprovação parlamentar de leis - execução administrativa das leis. Nesse sentido, o princípio da legalidade não serve como garantia ao cidadão, mas sim como uma vinculação finalística para a administração.

Em seu sentido mais estrito, o princípio da legalidade seria dirigido às atividades da assim denominada "administração autoritária", ou seja, às atividades que a administração pública conduz unilateralmente, sem o consentimento e contra a vontade do privado, exercendo contra ele um poder comumente definido como "de supremacia". No entanto, a administração pública, ao exercer sua autonomia privada e agir como indivíduo privado, com o consentimento da outra parte, não se sujeita ao princípio da legalidade de forma tão restrita. Basta, por exemplo, que a lei confira certo poder, sem que seja necessário regular minuciosamente seu exercício.

O princípio da legalidade é o produto de um processo, com duração de pelo menos dois séculos, de submissão da administração pública à lei. As etapas deste processo são numerosas. As principais fases podem ser resumidas como se segue.

Inicialmente, a administração era considerada uma atividade livre de restrições, como explicação de um poder autônomo e independente, o Executivo. Posteriormente, embora continuasse a fazer parte do Poder Executivo, a administração foi submetida à lei (e isso ocorreu em coincidência com as ampliações do sufrágio). A terceira fase começa com a submissão da lei a uma lei superior, a Constituição. Nesta fase, não apenas os princípios a que o legislador se submete, mas também os princípios a que a administração se submete entraram nas constituições. Por fim, surge uma nova fase, que vê princípios relativos às administrações nacionais (e também globais) serem alçados a atos normativos de categoria constitucional, que valem em âmbito supranacional ou global (atos então chamados de tratados, convenções e até mesmo de constituições).

Dois aspectos dessa fase são importantes. O primeiro diz respeito à extensão da proteção constitucional dos direitos políticos à administração pública. O segundo diz respeito à transformação dos princípios constitucionais administrativos de meros deveres da administração (para com a comunidade em geral, "acionáveis" apenas pelo Parlamento que a representa) em obrigações efetivas, colocadas em relações jurídicas concretas, das quais parte não a comunidade como um todo, mas todas as pessoas cujo direito é dedutível perante um juiz ou outro órgão decisório.

Essa fase prevê a expansão dos princípios administrativos supranacionais e globais. Os tratados europeus exigem o cumprimento dos princípios da "administração financeiramente sustentável" (artigo 287.2 do Tratado de Funcionamento da União Europeia - TFUE) e da "boa administração financeira" (artigo 317.1 do TFUE), e do dever de motivação das decisões (artigo 296 do TFUE). Os tribunais europeus estabeleceram, em sua jurisprudência consolidada, o dever, para administração, de diligência e de decidir dentro de um prazo razoável, bem como, para os cidadãos, o direito de acessar a administração e de fazer-se ouvir pela administração.

Estes últimos princípios são agora reconhecidos na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a que se refere o Tratado de Lisboa). A Carta, após estabelecer os princípios de imparcialidade, justiça e tempo razoável de decisão, reconhece o direito de ser ouvido, o de acessar documentos administrativos e o de obter uma decisão fundamentada. A Carta não reflete perfeitamente a jurisprudência da Corte

de Justiça, porque o escopo de seus princípios é mais restrita: por exemplo, estabelece o direito de ser ouvido limitado a processos que podem vir a resultar em medidas que limitariam a autonomia privada dos cidadãos, enquanto a jurisprudência reconhece a direito de ser ouvido durante qualquer processo administrativo, inclusive naqueles que se baseiem na própria expansão da autonomia privada dos cidadãos, como é o caso dos processos de autorização administrativa.

Em seu significado mais amplo, o princípio da legalidade implica, portanto, a *tipicidade administrativa* (os atos administrativos só podem ser emitidos se expressamente previstos pela lei e apenas na presença das condições e pelas razões indicadas na lei, o que impede a existência de atos administrativos mistos ou inominados), a *proibição do uso de poderes implícitos* (ou seja, poderes não expressamente atribuídos pelas regras, mas decorrentes diretamente da necessidade de garantir o cumprimento dos objetivos da administração pública); e a *exclusão de certos princípios*, desenvolvidos pela jurisprudência ou doutrina jurídica, mas não consagradas como tal, caso do “princípio de autoproteção” (poder da administração de presumir legítima sua própria atividade) e do “princípio de autossuficiência” (poder de entidades administrativas menores de emanar atos administrativos equiparados, em seus efeitos, a atos administrativos estatais).

Tradução de MARCO ANTÔNIO MORAES ALBERTO ©