



DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA
NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

TERCEIRA EDIÇÃO

editora
atlas

3

O papel dos princípios no direito administrativo

1 Noções preliminares

“Princípios de uma ciência são as *proposições básicas*, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturações subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência.”¹

Segundo José Cretella Júnior, autor dessa definição, os princípios classificam-se em:

1. *onivalentes* ou *universais*, comuns a todos os ramos do saber, como o da identidade e o da razão suficiente;
2. *plurivalentes* ou *regionais*, comuns a um grupo de ciências, informando-as nos aspectos em que se interpenetram. Exemplos: o princípio da causalidade, aplicável às ciências naturais, e o princípio do “*alterum non laedere*” (não prejudicar a outrem), aplicável às ciências naturais e às ciências jurídicas;
3. *monovalentes*, que se referem a um só campo do conhecimento; há tantos princípios monovalentes quantas sejam as ciências cogitadas pelo espírito humano. É o caso dos princípios gerais de direito, como o de que ninguém se escusa alegando ignorar a lei;

¹ José Cretella Júnior. Os cânones do direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, ano 25, nº 97/5-52.

4. *setoriais*, que informam os diversos setores em que se divide determinada ciência. Por exemplo, na ciência jurídica, existem princípios que informam o direito civil, o direito do trabalho, o direito penal etc.

Celso Antônio Bandeira de Mello² não se distancia muito da lição de José Cretella Júnior ao afirmar que “princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”.

Em nota de rodapé,³ o autor esclarece que essa é apenas uma das possíveis acepções da palavra *princípio*, que vem sendo adotada ao longo dos anos pela doutrina. Mas observa que outra acepção vem sendo referida, sob inspiração de Alexy e Dworkin e que convive com muitas outras. Lembra que Genaro Carrió menciona onze diferentes significados para o vocábulo.

Daniel Wunder Hachem, em importante trabalho sobre o princípio da supremacia do interesse público,⁴ realça que, a grosso modo, existem duas formas diversas de compreender a diferença entre regras e princípios: (a) o *grau de fundamentalidade*; e (b) a *estrutura lógico-normativa*.

O autor demonstra que o primeiro critério é o adotado por José Cretella Júnior e Celso Antônio Bandeira de Mello, nos conceitos já referidos, e também por José Afonso da Silva, Geraldo Ataliba, Cármen Lúcia Antunes Rocha, Carlos Ari Sundfeld, José Joaquim Gomes Canotilho, correspondendo à linha adotada por Karl Larenz. Conclui o autor: “Em suma, essa primeira concepção, bastante tradicional na doutrina brasileira, funda a separação entre princípios e regras no grau de fundamentalidade da norma, que seria mais elevado nos primeiros, por albergarem valores essenciais da sociedade e constituírem as vigas mestras do sistema jurídico, conferindo-lhe organicidade e sentido lógico, e mais reduzido nas segundas, que possuiriam um caráter funcional e retratariam densificações dos princípios, os quais condicionariam a sua interpretação e aplicação. Aqui, os princípios são conceituados como *mandamento nuclear de um sistema*, em virtude de sua relevância axiológica, que lhe outorga a condição de núcleo central da ordem jurídica”.

A segunda forma de compreender os princípios, apontada por Daniel Wunder Hachem, inspira-se nas lições do Ronald Dworkin e Robert Alexy. As lições deste último foram acolhidas, no direito brasileiro, por Clémerson Merlin Clève, Alexandre

² *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011:54.

³ Ob. cit., p. 54.

⁴ *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011:136 ss.

Reis Siqueira Freire, Luís Roberto Barroso, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, Ana Paula de Barcellos, Virgílio Afonso da Silva, dentre outros. Nesse caso, a diferença entre princípios e regras (ambos constituindo modalidades de normas) não é de grau ou quantitativa, mas lógica ou qualitativa. Segundo o pensamento de Alexy, enquanto as regras contemplam uma solução única que deve ser cumprida exatamente como prevista, os princípios seriam *mandamentos de otimização*, que podem ser aplicados de diferentes maneiras, conforme as circunstâncias de cada caso. Ocorrendo conflito entre princípios, deve ser aplicada a *técnica da ponderação*, pela qual se decidirá qual princípio deve ter peso maior.

A importância em apontar as duas maneiras de encarar os princípios está no fato de que, conforme a concepção adotada, determinadas proposições podem ser consideradas como regras ou como princípios. Daniel Wunder Hachem dá o seguinte exemplo: a norma que exige lei para a definição de crime e de pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), para a primeira concepção (princípio como mandamento nuclear de um sistema) será um princípio; para a segunda concepção (princípio como mandamento de otimização), a norma será considerada regra, porque impõe uma solução única, insuscetível de ponderação.⁵

Outro aspecto a realçar: existem várias maneiras de encarar os princípios gerais de direito. Para alguns, presos à concepção positivista, os princípios gerais de direito são aqueles extraídos do direito positivo vigente em cada país. Para outros, a sua amplitude é um pouco maior, porque eles são extraídos da ciência do direito pesquisada no direito comparado. Há ainda os que se apegam às concepções jusnaturalistas e veem os princípios gerais de direito como proposições ligadas a determinados valores permanentes, imutáveis, universais, que transcendem o direito positivo; esses autores encontram no direito natural a fonte dos princípios gerais de direito.

Na realidade, todos esses princípios coexistem; uns não excluem os outros, pois há aqueles que decorrem implícita ou explicitamente do direito positivo, ou seja, são princípios que já foram incorporados pelo Direito positivo, alguns deles pela própria Constituição, como ocorre com os da isonomia, legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade, eficiência, ampla defesa e contraditório, devido processo legal; outros foram previstos em leis ordinárias, como os princípios da obrigação de reparar prejuízos decorrentes de atos ilícitos e o do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. No que diz respeito ao direito administrativo, verifica-se que, atualmente, em muitas leis, há previsão expressa de princípios, como ocorre na Lei nº 8.666, de 21-6-93, sobre licitações e contratos (art. 3º); na Lei nº 8.987, de 13-2-95, sobre concessão e permissão de serviço

⁵ Ob. cit., p. 143.

público (art. 6º, § 1º); na Lei nº 9.784, de 29-1-99, sobre processo administrativo federal (art. 2º); na Lei nº 12.462, de 4-8-2011, sobre regime diferenciado de contratações públicas (art. 3º).

Outros princípios existem que não foram expressamente consagrados no direito positivo, mas são frequentemente aplicados com base em princípios extraídos implicitamente do direito positivo ou do direito comparado; o direito administrativo brasileiro é um exemplo expressivo de ramo do direito rico nesse tipo de princípio, já que se inspirou, em grande parte, durante toda a sua evolução, e ainda se inspira em princípios informativos do direito administrativo do sistema europeu-continental; é o caso dos princípios da continuidade do serviço público, da autoexecutoriedade e da autotutela dos atos administrativos, da hierarquia, da presunção de legitimidade dos atos administrativos, da igualdade de todos perante os encargos públicos.

E também há aqueles princípios que expressam valores inerentes à pessoa humana, agora explicitados no preâmbulo da Constituição: “liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”. Essa indicação se amplia no título I, com a referência à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

É nesse último sentido que os princípios gerais de direito mais interessam, não só ao Direito, como também à Moral; eles consagram valores que impõem normas de conduta não transformadas em regras jurídicas, mas que devem ser obedecidas pelo seu conteúdo moral. Aplicando esses princípios, a Administração Pública age de acordo com o Direito e a Moral. Desprezando-os, sua conduta é ilícita.

2 Princípios informadores do direito administrativo

Grande é a importância dos princípios no direito administrativo, especialmente pelo fato de tratar-se de ramo não codificado, na maior parte dos ordenamentos jurídicos, à semelhança do que ocorre no Brasil; e também devido à flexibilidade e constante mutabilidade das leis administrativas para atendimento do interesse público, sempre dinâmico.

Sabe-se que muitos dos princípios gerais informadores do direito administrativo brasileiro têm origem no direito francês e são de elaboração pretoriana do Conselho de Estado, que é o órgão de cúpula da jurisdição administrativa. No início de

sua atuação, como quase não havia leis, os juízes, diante dos casos concretos, iam formulando regras que correspondiam a verdadeiros princípios, aos poucos incorporados a textos legislativos franceses e mesmo de outros países. Paradoxalmente, o Conselho de Estado, posteriormente, adotou entendimento diverso com relação aos princípios gerais do direito.

Segundo Georges Vedei e Pierre Delvolvé,⁶ o entendimento prevalecente foi, durante muito tempo, o de que “um princípio geral procede não de uma criação, mas de uma *descoberta* pelo juiz. Por exemplo, o princípio geral do direito de defesa, consagrado por uma abundante jurisprudência, não é colocado como uma pura exigência do juiz nem como uma regra de ‘direito natural’. Ele procede de uma constatação: numerosos textos legislativos ou regulamentares consagram os direitos de defesa em uma multiplicidade de hipóteses. É necessário, portanto, supor que essas disposições textuais não são senão aplicação a tal ou qual caso de um princípio geral que delas é a fonte. O juiz não faz outra coisa senão constatar esse princípio geral, regra de direito positivo e não de direito natural ou ideal”.

Essa mudança de entendimento tem uma explicação: é que, na origem, a jurisdição administrativa tinha que decidir diante do caso concreto, sem que houvesse um texto expresso de lei e atendendo à tendência de repudiar, em bloco, o direito privado nas relações de que a Administração Pública fosse parte; a partir do momento em que se foi consolidando o direito administrativo, por meio de normas legais expressas, passou-se a entender que os princípios não são mais criados pelo juiz, mas por ele extraídos do ordenamento jurídico positivo.

Na ordem hierárquica das regras jurídicas, os princípios gerais de direito colocam-se em nível inferior à lei e podem ser por ela derogados; mas têm força obrigatória para a Administração Pública, na prática dos atos administrativos.

Esse foi o entendimento adotado até a Constituição francesa de 1958, que provocou uma evolução na forma de considerar o tema; essa Constituição veio prever os chamados *regulamentos autônomos* sobre determinadas matérias, a respeito das quais o Executivo pode estabelecer normas com a mesma força da lei; o juiz, com relação a esses atos, ficaria limitado ao controle da legalidade da forma e da competência; para evitar que o conteúdo desses atos ficasse subtraído ao controle jurisdicional, o Conselho de Estado adotou o entendimento de que os mesmos deveriam obedecer aos princípios gerais de direito consagrados no Preâmbulo da Constituição, os quais se impõem à Administração Pública, titular do poder regulamentar, mesmo na ausência de norma legal expressa. Com isso, garantia-se plenamente o Estado de Direito.

⁶ *Droit administratif*, 1984:393.

Para contornar a dificuldade de atribuir aos princípios gerais de direito um valor superior ao da lei, o Conselho de Estado francês reconheceu-lhes um *valor constitucional*, “seja porque eles estão enumerados na Declaração dos Direitos de 1789 e no Preâmbulo de 1946, uma e outro integrados na Constituição atual, seja em virtude de um ‘costume constitucional’ que se manifestaria por uma tradição legislativa constante correspondente ao mesmo tempo ao *corpus* do costume (repetição de práticas) e ao seu *animus* (a prática é inspirada pela convicção de que ela é conforme ao direito)”.⁷ Com isso, os princípios gerais de direito passaram a ter valor constitucional, não podendo ser derogados pela lei, ao contrário do que se entendia antes da Constituição de 1958.

Jean Rivero⁸ faz colocações semelhantes e conclui que a jurisprudência do Conselho Constitucional distingue duas categorias de princípios gerais: os princípios “com valor constitucional”, que se ligam normalmente aos textos a que se refere o preâmbulo de 1958, e os princípios com valor simplesmente legislativo”. Isso significa que o princípio com valor constitucional prevalece sobre a lei; com relação aos atos da Administração, mesmo os normativos, prevalecem tanto os princípios de valor constitucional como os de valor legislativo.

Nas palavras de García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández,⁹ “o Direito Administrativo, como bom filho da Revolução Francesa, leva em seu seio, desde suas origens, a liberdade, a legalidade, a garantia frente ao arbítrio, a proteção do cidadão confiada a formas processuais; isto é, o Direito Administrativo é, por sua mesma estrutura, um ordenamento impregnado dos grandes princípios liberais, em cujo seio se forjou e fez suas armas, mediante um escalonamento de conquistas aparentemente modestas, o soberbo mito de um governo baseado na lei, e não qualquer lei, mas aquela que sirva e respeite, precisamente, a liberdade humana”.

Em outro ponto, acrescentam os autores¹⁰ que “o Direito Administrativo, como Direito próprio e específico das Administrações Públicas, está feito, pois, de um equilíbrio (difícil, porém possível) entre privilégios e garantias. Em último termo, todos os problemas jurídico-administrativos consistem – e isto convém ter presente – em buscar esse equilíbrio, assegurá-lo quando foi encontrado e reconstruí-lo quando foi perdido. Em definitivo, trata-se de perseguir e obter o eficaz serviço do interesse geral, sem prejuízo das situações jurídicas, igualmente respeitáveis, dos cidadãos”.

⁷ Cf. Georges Vedel e Pierre Delvolvé. *Droit administratif*, 1984:397-399.

⁸ *Direito Administrativo*, 1981:88.

⁹ *Curso de derecho administrativo*, 1988:10.

¹⁰ *Ob. cit.*, p. 43.

Os princípios gerais de direito têm importância fundamental na busca e conservação desse equilíbrio: princípios como os da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da vedação de enriquecimento ilícito, da igualdade dos administrados diante dos serviços públicos e dos encargos sociais, da proporcionalidade dos meios aos fins, constituem garantias fundamentais, inerentes à liberdade e segurança da pessoa humana. Princípios como o da continuidade do serviço público, da mutabilidade dos contratos, da executoriedade das decisões administrativas, da autotutela, são essenciais para assegurar a posição de supremacia da Administração Pública em benefício do interesse público.

Juan Carlos Cassagne,¹¹ baseando-se na lição de Jesús González Pérez na obra sobre "*La dignidad de la persona*", acentua a importância dos princípios gerais de direito na interpretação da lei, indicando três regras fundamentais:

- a) as indeterminações das normas que surjam na raiz das diferentes possibilidades que coloca a aplicação normativa não de resolver-se da maneira mais conforme com o princípio;
- b) impõe-se a interpretação extensiva 'se a disposição se expressa em termos excessivamente restritos e há de ampliar-se a letra da lei até contemplar todos os casos que o princípio exige; enquanto a interpretação será restritiva se a disposição se expressa em termos excessivamente amplos e é necessário reduzir o alcance da letra do texto até que compreenda só os que sejam coerentes com o princípio';
- c) deve-se desprezar toda interpretação que conduza a uma consequência que contrarie direta ou indiretamente o princípio."

Também no processo de *integração* do direito administrativo os princípios gerais de direito têm relevância, devendo ser invocados, em caso de omissão da lei. Da mesma forma que o juiz, a autoridade administrativa não pode deixar de resolver os casos concretos de sua competência. Mesmo porque a omissão da Administração Pública dá ensejo à propositura de ação judicial.

No direito brasileiro, evidentemente, a jurisprudência, durante longo período, não teve grande participação no desenvolvimento do direito administrativo, mesmo porque nunca houve a jurisdição administrativa, que favoreceu, na França e em outros países, uma evolução diferente. Não se pode negar, contudo, a importância dos princípios gerais de direito, quer na elaboração das regras jurídicas, quer em sua interpretação e integração. A instabilidade do direito administrativo, que se caracteriza por uma coleção de leis esparsas, que mudam com frequência assustadora, é corrigida pela observância dos princípios gerais do direito, em especial aqueles informadores do direito administrativo. As leis mudam mas os princípios

¹¹ *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, 1988:45-46.

permanecem, assegurando feição própria, continuidade e autonomia ao direito administrativo.

Também não se pode negar que, no direito brasileiro, o papel dos princípios como fonte do direito administrativo passou por uma evolução muito semelhante à ocorrida na França, ainda que por caminhos diversos. Lá, foi o papel da jurisdição administrativa que levou a distinguir os princípios com força constitucional, superiores à lei, e os princípios sem força constitucional. Aqui, foram as alterações no direito positivo, principalmente a partir da Constituição de 1988. Isto porque, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, os princípios constituíam fonte subsidiária de interpretação (art. 4º). A partir do momento em que a Constituição de 1988 consagrou uma série de valores e princípios essenciais ao Estado de Direito Democrático, também se tornou possível distinguir as duas categorias de princípios referidas no direito francês. Os princípios de valor constitucional passaram a ocupar posição hierárquica superior às leis ordinárias, tornando-se de observância obrigatória para os três Poderes do Estado. Especialmente os princípios que decorrem do Título II da Constituição, pertinente aos direitos e garantias fundamentais, são de aplicação imediata, por força do disposto no artigo 5º, § 1º. Por outro lado, os princípios fundamentados apenas em leis infraconstitucionais continuam a constituir fonte subsidiária do direito, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

3 O papel dos princípios na limitação à discricionariedade administrativa

A discricionariedade, afirma-se, implica liberdade de apreciação, pela Administração Pública, dos aspectos de oportunidade e conveniência que lhe foram conferidos pela lei. É, pois, liberdade limitada pela lei.

Ocorre que, com a superação do Estado *legal de Direito*, apegado ao positivismo jurídico, melhor é afirmar-se que a discricionariedade é liberdade de apreciação limitada pelo Direito e também pela Moral (desde que se reconheça a esta um campo não absorvido por aquele).

Os princípios são de observância obrigatória pela Administração. Se corresponderem a valores consagrados no preâmbulo da Constituição ou mesmo decorrerem implícita ou explicitamente de suas normas, o ato administrativo (e também a lei) que os contrarie padecerá do vício de inconstitucionalidade. Se não decorrerem da Constituição mas da legislação ordinária ou mesmo da teoria geral do direito, ainda assim têm que ser cumpridos pela Administração, sob pena de invalidade do ato, corrigível pelo Poder Judiciário. Apenas em caso de conflito entre o princípio geral de direito, sem valor constitucional, e a norma expressa de lei, esta deve prevalecer,

porque o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (aplicável aos vários ramos do direito) coloca os princípios gerais de direito como subsidiários em relação à lei.

Quando a Administração se vê diante de uma situação em que a lei lhe deixou um leque de opções, a escolha há de fazer-se com observância dos princípios gerais do direito.

É o entendimento de Cassagne,¹² que nos parece irrepreensível, ao afirmar que “a discricionariedade não implica um arbítrio ilimitado nem absoluto [...]. Assim é que os princípios gerais do direito operam como garantias que impedem o abuso dos poderes discricionários por parte da Administração, pois se aqueles são a causa ou base do ordenamento jurídico, não pode conceber-se que o exercício dos poderes discricionários pudesse contrariá-los”.

O apelo aos princípios gerais de direito é utilizado frequentemente nos tribunais administrativos franceses para reduzir a discricionariedade da Administração Pública. É o que ensinam Vedei e Delvolvé:¹³ “Criando o direito, o juiz administrativo aumenta necessariamente o domínio da competência vinculada e da legalidade e diminui ao mesmo tempo aquele do poder discricionário e de oportunidade.” Uma das técnicas utilizadas para esse fim é precisamente a da aplicação dos princípios gerais de direito. E citam um exemplo: uma senhora (Trompier-Gravier) interpôs recurso por excesso de poder contra o ato administrativo que lhe retirou a autorização para explorar uma banca de jornal. Embora se tratasse de decisão discricionária, em que lei não previa qualquer direito de defesa para o interessado, o Conselho de Estado entendeu que a Administração não poderia retirar a autorização sem assegurar o direito de defesa à interessada. A decisão judicial anulou o ato, não por infringência à lei, mas por desrespeito ao princípio geral da ampla defesa. É uma forma de o juiz transformar uma questão de oportunidade e conveniência em uma questão de legalidade.

A jurisdição administrativa continua respeitando o juízo de oportunidade, mas reduz o campo em que o juízo de simples oportunidade é cabível. Como dizem os mesmos autores, “sob o ponto de vista do *direito feito*, não há jamais controle da oportunidade e do poder discricionário; sob o ponto de vista do *direito que se faz*, o juiz assegura o controle de certos elementos de oportunidade e de poder discricionário, criando regras de direito que estendem o domínio da competência vinculada e da legalidade”.

No direito brasileiro, conforme assinalado, o juiz não tem a mesma tradição de órgão criador do direito administrativo, ao contrário da França, onde o direito administrativo é de formação essencialmente pretoriana.

¹² *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*, 1988:77-78.

¹³ *Droit administratif*, 1984:443.

Mas isso não significa que o Judiciário não possa apreciar os atos discricionários, reduzindo também os limites da discricionariedade pela aplicação de princípios. Sempre que a Administração tenha várias opções para atingir a mesma finalidade, ela deve necessariamente optar por solução que esteja em consonância com os princípios informadores do direito administrativo, grande parte deles com fundamento constitucional.

Por isso mesmo, em vez de afirmar-se que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pela *lei*, melhor se dirá que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pelo *Direito*. O princípio da legalidade há de ser observado, não no sentido estrito, concebido pelo positivismo jurídico e adotado no chamado Estado legal, mas no sentido amplo que abrange os princípios que estão na base do sistema jurídico vigente, e que permitem falar em *Estado de Direito* propriamente dito.

A importância dos princípios no Estado Democrático de Direito foi analisada no item 2.3.3, com exposição sobre o tema da constitucionalização do direito administrativo e seus reflexos sobre o controle judicial dos atos discricionários da Administração Pública.

Embora se reconheça que os princípios, em geral, informadores do direito administrativo, desempenhem o mesmo papel limitador da discricionariedade administrativa, serão analisados a seguir apenas os da moralidade administrativa, o da razoabilidade e o da supremacia do interesse público.