

Doutrina

DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: REFLEXOS SOBRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Mestre, Doutora e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da USP. Procuradora do Estado de São Paulo (aposentada). Professora Titular de Direito Administrativo da USP.

RESUMO:

O artigo aborda a evolução do princípio da legalidade, a qual teria caminhado por várias fases, acompanhando as transformações do próprio modelo do Estado de Direito. Ademais, a constitucionalização do direito administrativo brasileiro não constitui um dado novo; ela sempre existiu, em maior ou menor grau, em praticamente todas as Constituições, e vem crescendo até o momento atual, especialmente por força de Emendas à Constituição. Mesmo assim, estamos muito longe da discricionariedade entendida como poder político, própria do Estado de Polícia e herdada, parcialmente, no primeiro período do Estado de Direito.

PALAVRAS-CHAVE:

Princípio da legalidade. Constitucionalização. Direito Administrativo.

I. DA EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Muita coisa tem sido escrita sobre a chamada *crise no princípio da legalidade* provocada por diferentes fatores, dentre eles a chamada *constitucionalização* do direito administrativo.

Na realidade, é certo falar em crise, se comparado o sentido do princípio, tal como concebido na primeira fase do Estado de Direito, com o seu sentido atual. Mas não tem sentido falar em crise se, com isso, o intuito é isentar a Administração Pública do cumprimento da lei, porque isso significaria acabar com o Estado de Direito.

Como tantos institutos do direito administrativo (e do direito em geral), o princípio da legalidade e, paralelamente a ele, a ideia de *discricionariedade* administrativa passaram por toda uma evolução, por nós analisada no livro *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*.¹

O que procuramos demonstrar, na tese, foi que os princípios e valores previstos implícita ou explicitamente no ordenamento jurídico (especialmente na Constituição), tais como os da razoabilidade, moralidade e interesse público, limitam a *discricionariedade* administrativa. Na medida em que cresce o sentido da legalidade (que deixa de abranger apenas a lei posta pelo Parlamento e passa a abranger atos normativos da Administração Pública, além de princípios e valores), reduz-se a *discricionariedade*. Esse tem sido o sentido da evolução: ampliação da legalidade e redução da *discricionariedade*.

É curioso que tenhamos escrito sobre o tema em 1990 (portanto, há 20 anos), sem termos consciência de que esse fenômeno corresponderia a um dos aspectos da chamada *constitucionalização do direito administrativo*, talvez porque a expressão não fosse ainda utilizada pela doutrina, especialmente a brasileira. Na realidade, bem poderia a tese ter levado esse título.² Veja-se o que foi escrito em sua Introdução:

1 Este livro corresponde à tese com a qual obtive o título de Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1991. Foi publicada no mesmo ano, pela Editora Atlas, e republicada, com atualizações, em 2001.

2 Na primeira vez em que proferi uma palestra sobre o tema da tese, o Desembargador que presidia a mesa, em uma Escola da Magistratura, achou que eu estava defendendo o direito alternativo. Na realidade, a doutrina do direito alternativo atribui ao magistrado a possibilidade de decidir de acordo com suas próprias convicções, sem levar em conta o disposto no ordenamento jurídico. Enquanto a aplicação do princípio da legalidade, com o acréscimo de valores e princípios, somente amplia o controle judicial, na medida em que permite ao magistrado decidir de acordo com princípios e valores extraídos do ordenamento jurídico.

"Quando a lei é vista dentro de um sistema lógico-jurídico, despidido de qualquer conteúdo axiológico – como ocorreu com Kelsen e seus adeptos –, a *discricionariedade* administrativa resultará mais forte, porque a Administração Pública só tem que observar a lei em seu sentido formal, único aspecto também a ser considerado pelo Poder Judiciário.

Quando, porém, à lei formal se acrescentam considerações axiológicas, amplia-se a possibilidade de controle judicial, porque, por essa via, poderão ser corrigidos os atos administrativos praticados com inobservância de certos valores adotados como dogmas em cada ordenamento jurídico.

O controle fica mais difícil porque, em se tratando de valores, são delimitados com muito menos clareza os confins da atuação *discricionária*. A tarefa do juiz fica muito mais complexa, uma vez que ele passará a perquirir zonas de maior incerteza. Além da maior dificuldade, sua tarefa aumenta, à medida que novos limites se impõem à *discricionariedade* administrativa.

Quando se estuda a evolução desses limites, verifica-se que eles foram, de início, essencialmente formais, pois diziam respeito apenas à competência e à forma; começaram depois a adquirir um sentido material, à medida que começaram a ser examinados os fins e, depois, os fatos determinantes do ato administrativo. Hoje, esses dados são insuficientes para delimitar a *discricionariedade*. À medida que a lei foi adquirindo seu sentido axiológico perdido na época do Estado liberal, novos princípios foram sendo elaborados como formas de limitar a *discricionariedade* administrativa e, paralelamente, ampliar a esfera de controle pelo Poder Judiciário. Ao lado do princípio da legalidade – em sua nova feição – colocam-se os princípios gerais de direito e os princípios da moralidade, da razoabilidade, do interesse público, da motivação, como essenciais na delimitação do âmbito da *discricionariedade* que a lei confere à Administração Pública".

Na realidade, a evolução do princípio da legalidade caminhou por várias fases, que acompanharam as transformações do próprio modelo do Estado de Direito.

Na segunda fase do Estado Moderno, com a instauração do Estado de Direito, deixou-se para

trás o chamado Estado de polícia, em que a Administração Pública não se subordinava à lei nem ao controle judicial.

Na primeira fase do Estado de Direito – período do liberalismo – formularam-se vários princípios que tinham por objetivo proteger o cidadão perante o poder público: separação de poderes, isonomia, legalidade, controle judicial.

A grande preocupação era com a proteção da liberdade individual, já que se reconhecia serem os cidadãos dotados de direitos fundamentais, universais, inalienáveis, proclamados na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. O papel do Estado era essencialmente negativo ou abstencionista, porque sua missão era a de proteger a propriedade e a liberdade. Também o Direito tinha a função de garantir os direitos individuais.

Daí a norma do artigo 2º da Declaração de 1789: *“A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo o que não é vedado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser forçado a fazer o que ela não ordena”*. Por sua vez, a Constituição francesa de 1791 determinava que *“não há na França autoridade superior à da lei. O rei não reina mais senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência”*.

Esses dispositivos consagraram o princípio da legalidade, na acepção muito mais restritiva do que a atualmente adotada:

- (a) o único poder legítimo é o que resulta da *vontade geral* do povo, manifestada por meio do Parlamento; em decorrência disso, o princípio da separação de poderes tinha uma interpretação bem restrita, porque lei é só aquela baixada pelo Parlamento; ao Judiciário e ao Executivo cabe apenas a aplicação da lei;
- (b) as leis devem ser iguais para todos (princípio da isonomia);
- (c) a lei tem um conteúdo material, representado pela ideia de direito natural, decorrente da natureza do homem e descoberto pela razão; daí a conclusão de que o Poder é limitado por um direito superior, que está fora de seu alcance mudar;
- (d) o princípio da legalidade era entendido no sentido da *vinculação negativa*, significando que a Administração pode fazer tudo o que a lei não proíbe: a lei define

apenas as esferas jurídicas dos cidadãos como limite ao arbítrio do poder; a essa esfera limitava-se o controle judicial; tudo o mais estava abrangido pela ideia de discricionariedade entendida como *poder político* (herança do período do Estado de Polícia), livre, portanto, de controle judicial; a discricionariedade era muito mais ampla do que hoje, porque havia uma parte da atividade administrativa que ficava fora do alcance do Poder Judiciário.

Com a consagração, após a Segunda Guerra Mundial, do chamado Estado de Direito Social (resultante das reações contra o liberalismo, que havia provocado imensa desigualdade entre os cidadãos), constatou-se que os princípios do liberalismo eram insuficientes para garantir a igualdade e a justiça social.

Muda o papel do Estado, pela necessidade amplamente reconhecida e proclamada de intervenção no domínio social e econômico para assegurar a igualdade entre os cidadãos. Desloca-se a preocupação do princípio da liberdade para o princípio da igualdade. O princípio democrático passa a impulsionar a atuação do Estado em todas as áreas da vida social e econômica.

O homem deixa de ser visto como o fim único do direito. Em consequência, ganha força a ideia de que os interesses públicos devem ser protegidos pelo Estado.

A noção de Estado de Direito mudou, porque o direito natural deixou de estar na base do direito positivo.

O princípio da legalidade passou por grandes alterações:

- (a) por influência do positivismo jurídico, toda a atividade administrativa passou a submeter-se à lei, levando à substituição do princípio da vinculação negativa pelo da *vinculação positiva à lei*: daí a afirmação de que a Administração só pode fazer o que a lei permite;
- (b) em consequência da extensão da legalidade a todas as esferas de atuação, a discricionariedade passou a ser vista como *poder jurídico*, na medida em que implica certa margem de liberdade, mas nos limites definidos em lei; ainda pelo mes-

mo fato, entendeu-se necessário atribuir função normativa ao Poder Executivo, com a previsão de decretos-leis (no direito brasileiro), medidas provisórias (no direito italiano), regulamentos autônomos (no direito francês e também no sistema da *common law*, onde foram criadas agências com funções quase legislativas e quase judiciais), sob o argumento de que o Legislativo não teria condições de legislar sobre todas as novas atribuições administrativas do Estado, seja pela complexidade das matérias (que exigem conhecimentos técnicos que o Parlamento não possui), seja pela quantidade de normas necessárias para disciplinar toda a atuação administrativa do Estado;

(c) com o afastamento do direito natural e a valorização do direito positivo, a lei perdeu o seu conteúdo material, significando isto que a lei é obedecida porque contém uma norma, independentemente de seu conteúdo de justiça; daí a afirmação de que o Estado de Direito transformou-se em Estado Legal;

(d) como consequência, o controle judicial dos atos da Administração Pública é apenas formal, sem qualquer preocupação com princípios e valores que reduzissem a discricionariedade administrativa; os primeiros passos no sentido de ampliar o controle judicial foi dado no direito francês com a criação das teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes, que possibilitaram o exame dos *fin*s e dos *motivos* dos atos administrativos.

Na terceira fase do Estado de Direito – Estado de Direito Democrático, duas ideias fundamentais foram introduzidas: a de *participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública* (democracia participativa) e a da legalidade vista sob o aspecto material, e não apenas formal.

Teve início, portanto, a nova fase do princípio da legalidade, dando ensejo à chamada constitucionalização do direito administrativo, analisada no item subsequente.

II. REFLEXOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SOBRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O direito administrativo nasceu junto com o constitucionalismo. O princípio da legalidade nasceu junto com o princípio da separação de poderes, o princípio da isonomia, o princípio da justicialidade³ (que exige o controle judicial dos atos estatais). Em seu desenvolvimento, o direito administrativo nunca se afastou do direito constitucional, nem no sistema europeu-continental, nem no sistema da *common law*. É na Constituição que se encontram os fundamentos dos principais institutos do direito administrativo.

No direito brasileiro, a constitucionalização do direito administrativo, sob certo aspecto, sempre existiu, especialmente a partir da Constituição de 1934, onde se encontram normas sobre servidor público, responsabilidade civil do Estado, desapropriação, mandado de segurança, ação popular, atribuição de atividades à competência exclusiva da União, previsão de lei sobre concessão de serviços públicos. Nas Constituições posteriores manteve-se a mesma sistemática, que se acentuou consideravelmente na Constituição de 1988 e, ainda mais, com alterações introduzidas por Emendas à Constituição. Foi introduzido um capítulo específico sobre Administração Pública, com previsão de princípios a ela impostos logo no caput do artigo 37; ampliação das normas sobre servidores públicos, inclusive sobre seus vencimentos, proventos e pensão; introdução de normas sobre o regime de previdência social próprio do servidor; previsão da licitação para celebração de contratos administrativos; ampliação da função social da propriedade para a área urbana (antes prevista apenas para a área rural), aumentando as hipóteses de desapropriação com caráter sancionatório, até chegar a uma hipótese de desapropriação sem indenização; extensão da regra da responsabilidade civil objetiva às entidades privadas prestadoras de serviço público; previsão de órgãos reguladores da exploração de atividades de telecomunicações e de petróleo; previsão do contrato que se convencionou chamar de contrato de gestão; inclusão de norma sobre gestão associada de serviços públicos, com possibilidade de constituição de consórcios públicos ou convênios, para essa finalidade; definição dos bens do domínio da União e dos Estados; normas sobre a proteção do patrimônio cultural; ampliação das medidas judiciais de controle da Administração Pública, especialmente para proteção de interesses difusos e coletivos (ações coletivas, ação civil pública, mandado de segurança coletivo).

3 Conf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 27.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a constitucionalização do direito administrativo brasileiro não constitui um dado novo; ela sempre existiu, em maior ou menor grau, em praticamente todas as Constituições e vem em um crescendo até o momento atual, especialmente por força de Emendas à Constituição.

No entanto, o sentido em que a constitucionalização do direito administrativo é mais recente (porque teve início com a Constituição de 1988) e produziu reflexos intensos sobre o *princípio da legalidade* (que resultou consideravelmente ampliado) e a *discricionariedade* (que resultou consideravelmente reduzida) foi a constitucionalização de valores e princípios, que passaram a orientar a atuação dos três Poderes do Estado: eles são obrigatórios para o Legislativo e seu descumprimento pode levar à declaração de inconstitucionalidade de leis que os contrariem; são obrigatórios para a Administração Pública, cuja discricionariedade fica limitada não só pela lei (legalidade em sentido estrito), mas por todos os valores e princípios consagrados na Constituição (legalidade em sentido amplo); e são obrigatórios para o Poder Judiciário, que pode ampliar o seu controle sobre as leis e os atos administrativos, a partir da interpretação de valores que são adotados como verdadeiros dogmas do ordenamento jurídico.

Houve uma ampliação do sentido da lei, no sentido de que ela passou a ser vista sob o *aspecto formal*, porque emana do Legislativo, e sob o *aspecto material*, porque ela tem o papel de realizar os valores consagrados na Constituição⁴. Protesta-se pela passagem do Estado Legal para o Estado de Direito, significando isto que se quer submeter o Estado ao Direito (com todos os princípios e valores que o integram), e não apenas à lei em sentido puramente formal; quer-se novamente vincular a lei aos ideais de justiça e quer-se prestigiar os direitos fundamentais do homem, em especial pela consagração do princípio da dignidade da pessoa humana. Isto que alguns autores apontam como inovação, na realidade teve as suas bases lançadas na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949, de onde se espalhou para outros ordenamentos jurídicos, inclusive o Brasil (a partir da Constituição de 1988, principalmente).

Com efeito, o primeiro passo no sentido

dessa evolução foi dado pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, promulgada em 8.5.49, quando, no artigo 30, § 3º, preceitua que "o poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à lei e ao direito". O que se objetiva é a obediência não só à lei, em sentido formal, mas a todos e valores e princípios que estão na base do ordenamento jurídico e que imprimem conteúdo material à lei.

Norma semelhante foi prevista na Constituição Espanhola de 1978, no artigo 103.1, segundo o qual a Administração Pública serve com objetividade aos interesses gerais e atua com submissão plena à lei e ao Direito.

A Constituição Portuguesa de 1976, por sua vez, determina no artigo 266, item 2, que "os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar com Justiça e imparcialidade no exercício das suas funções". Na parte referente aos direitos e deveres fundamentais, o artigo 16 determina que "os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional"; e que "os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem".

Note-se que a Lei Fundamental da Alemanha inicia com a proclamação dos direitos fundamentais, afirmando, logo no artigo 1º: "1. A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la é obrigação de todo poder público. 2. O povo alemão reconhece, portanto, os direitos invioláveis e inalienáveis do homem como fundamentos de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo. 3. Os direitos fundamentais a seguir discriminados constituem direito diretamente aplicável para os poderes legislativo, executivo e judiciário".

Na Introdução dessa Constituição, publicada pelo Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal de Bonn, em 1986, afirma-se que "suas normas não se esgotam com princípios sobre estrutura e função da organização pública. A Lei Fundamental é bem mais do que isso, um ordenamento de valores que reconhece na defesa da liberdade e da dignidade humana o seu mais elevado bem jurídico. Sua concepção do homem, contudo, não é a do indivíduo autocrático, mas a da personalidade integrada na comunidade e a esta vinculada de múltiplas formas. Como expressão de que seja tarefa do Estado servir ao ser humano, os direitos fundamentais abrem a Lei Fundamental".

4. *Al está a ideia básica do que hoje se chama de constitucionalização do direito administrativo, que trouxe grandes alterações no princípio da legalidade, na discricionariedade administrativa e na ampliação do controle judicial sobre os atos administrativos.*

Na França, a jurisprudência adotou o entendimento de que os regulamentos autônomos baixados pelo Poder Executivo deveriam obedecer aos princípios gerais de direito consagrados no Preâmbulo da Constituição, possibilitando, com isso, o seu controle jurisdicional. Como resultado desse entendimento, tais princípios passaram a ter força superior à da lei, sob o fundamento de que estão enumerados na Declaração de Direitos de 1789 e no Preâmbulo da Constituição de 1946, uma e outra integrados na Constituição de 1958.⁵ Segundo Jean Rivero,⁶ "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 os princípios com valor constitucional prevalecem sobre a lei.

O direito brasileiro, evidentemente, seguiu a mesma evolução, chegando à fase atual, caracterizada pela *valorização dos direitos fundamentais e pela atribuição, aos princípios e valores previstos na Constituição, de papel orientador das três funções do Estado*. Os princípios e valores limitam a função legislativa e a administrativa e ampliam a possibilidade de controle judicial sobre as leis e os atos administrativos.

A Constituição de 1891 foi de feição nitidamente liberal e individualista; a partir da Constituição de 1934 foi-se delineando o modelo de Estado Social, para culminar, na Constituição de 1988, com o Estado Democrático de Direito, já referido no preâmbulo e no artigo 1º.

A Constituição não repete a norma da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha no sentido de que os Poderes Executivo e o Judiciário obedecem à lei e ao Direito. Mas não há dúvida de que adotou, de um lado, a idéia de proeminência dos direitos fundamentais (não só pela sua ampliação, mas também pela própria inserção, logo no Título I, dos *princípios fundamentais* do Estado Democrático de Direito, dentre eles o da dignidade da pessoa humana), e, de outro, a nova fórmula do princípio da legalidade, em sentido amplo, para abranger todos os valores e princípios consagrados de forma implícita ou explícita na Constituição.

Na citada tese sobre discricionariedade administrativa, já havíamos ressaltado que o princípio da legalidade vem agora expressamente previsto

na Constituição entre aqueles a que se obriga a Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 37 da Constituição Federal). Isto, no entanto, não significa que o constituinte tenha optado pelo mesmo formalismo originário do positivismo jurídico. Do próprio texto constitucional decorrem outros princípios que permitem afirmar o retorno (ou a tentativa de retorno) ao Estado de Direito, em substituição ao Estado Legal. No preâmbulo da Constituição manifestam os representantes do povo, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, a intenção de instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, colocando como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Além da parte introdutória da Constituição, onde se afirmam os seus princípios fundamentais, em vários outros dispositivos se revela a preocupação com determinados valores a serem observados no desempenho da função estatal e, dentro desta, da função administrativa a cargo da Administração Pública. Esta já não está mais submetida apenas à lei, em sentido formal, mas a todos os princípios que consagram valores expressos ou implícitos na Constituição, relacionados com a liberdade, igualdade, segurança, desenvolvimento, bem-estar e justiça.

A Constituição adotou, no preâmbulo, a fórmula do *Estado Democrático*, confirmado pelo artigo 1º, cujo parágrafo único determina que "*todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição*" e por normas consagradoras da participação popular em vários setores da Administração Pública, em especial na parte referente à ordem social.

A Constituição adotou ainda o modelo do *Estado Social*, fundado na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e confirmado no artigo 3º, que atribui à República, entre outros objetivos, o de garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; isto sem falar no Título VIII, referente à ordem social, que tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-

⁵ Cf. George Vedel e Pierre Delvolvé. *Droit Administratif*. Paris: Presses Universitaires de France, 1984, p. 397-399.

⁶ *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 88.

estar e a justiça sociais (art. 193), com normas em grande parte programáticas, voltadas para a segurança social, educação, cultura, desportos, ciência e tecnologia, comunicação social, meio ambiente, família, criança, adolescente, idosos e índios; na maioria dos casos, o Estado desenvolverá atividades com participação da coletividade interessada, acentuando-se o caráter democrático com que se exercerá a administração pública.

E a Constituição adotou a fórmula do *Estado de Direito*, significando que toda atividade estatal está submetida à lei e ao direito, cada um dos Poderes exercendo suas atribuições com independência em relação aos demais, e cabendo ao Judiciário, cercado de garantias de imparcialidade e independência, apreciar a legalidade dos atos da Administração e a constitucionalidade de leis e atos normativos editados pelos demais Poderes.

Em decorrência dessa evolução do princípio da legalidade, ele costuma ser referido em dois sentidos: *sentido restrito* (ou princípio da reserva legal), para designar a exigência de que determinadas matérias sejam reservadas à lei, porque só podem ser disciplinadas por um dos processos previstos no artigo 59 da Constituição; em *sentido amplo*, para abranger a lei em sentido formal, os atos normativos do Poder Executivo e de órgãos e entidades que compõem a Administração Direta e Indireta, além dos princípios e valores consagrados de forma expressa ou implícita na Constituição.

III. REFLEXOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SOBRE A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONCEITO DE MÉRITO

Definimos a discricionariedade administrativa como "*a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito*".⁷

Se a discricionariedade envolve certa margem de apreciação nos *limites da lei* e se o conceito de lei (e de legalidade) foi se ampliando com a evolução do Estado de Direito, a consequência inevitável foi a redução do âmbito de discricionariedade da Administração Pública, seguida da ampliação do controle judicial.

Chega-se ao ponto de afirmar que não se

pode mais cogitar de *mérito* do ato administrativo, como limite à apreciação dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, o que, evidentemente, constitui exagero inaceitável.

Note-se que a mesma evolução do princípio da legalidade foi acompanhada pela evolução da discricionariedade administrativa, como não poderia deixar de ser. A paulatina ampliação do primeiro foi seguida da redução da segunda.

Vários fatores foram contribuindo para essa redução.

Pode-se mencionar, de um lado, a contribuição da jurisdição administrativa francesa, com a elaboração das teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes. A primeira possibilitou ao Poder Judiciário o exame da *finalidade* objetivada pela Administração Pública com a prática do ato administrativo, para verificar se a autoridade que o praticou não usou de sua competência legal para atingir fins diversos dos que decorrem da lei. Com isso, introduziu-se um primeiro aspecto de moralidade no âmbito do direito administrativo, com uma redução da discricionariedade. O Judiciário, que se limitava ao exame da *competência*, da *forma* e do *objeto*, pôde passar a apreciar a *finalidade*, que deixou de ser elemento meramente moral, livre de apreciação judicial, e passou a ser elemento de legalidade.

A *teoria dos motivos determinantes* também limitou a discricionariedade administrativa, na medida em que permitiu ao Judiciário examinar a legalidade dos *motivos* (pressupostos de fato e de direito) que levaram a Administração a praticar o ato. E esse exame dos motivos foi se dando no sentido de uma ampliação: de início, fazia-se apenas uma *constatação dos fatos*, para saber se existiram ou não; em um segundo momento, passou-se a examinar a *qualificação jurídica dos fatos* feita pela Administração, para verificar se os fatos ocorridos são de natureza a justificar a decisão, permitindo-se ao Judiciário entrar no exame das noções imprecisas ou "*conceitos jurídicos indeterminados*"; em uma terceira fase, passou-se a examinar a *adequação da decisão aos fatos*, pela aplicação dos princípios da *proporcionalidade dos meios aos fins*.⁸

Veja-se que essas duas teorias introduziram mais dois elementos no ato administrativo, além do *sujeito*, *objeto* e *forma*, que sempre caracterizaram os atos jurídicos na teoria geral do direito: o *motivo* e a *finalidade*.

7 In *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 2001, p. 67.

8 Sobre o assunto, v. Vedel e Delvolvé, *Droit administratif*, 1984:97.

No direito brasileiro, as duas teorias tiveram ampla aceitação.

O direito brasileiro também incorporou o conceito de mérito, desenvolvido principalmente por autores italianos, como limite à apreciação judicial dos atos administrativos. É provável que o autor que primeiro analisou o tema tenha sido Seabra Fagundes, em trabalho sobre o "conceito de mérito administrativo",⁹ relacionando-o com a discricionariedade e afastando a possibilidade de seu exame pelo Judiciário. Segundo o jurista, "o mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas de boa administração, ou, noutras palavras, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo. Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo". Em nota a essa afirmação, o autor acrescenta que "pressupondo o mérito do ato administrativo a possibilidade de opção, por parte do administrador, no que respeita ao sentido do ato – que poderá inspirar-se em diferentes razões de sorte a ter lugar num momento ou noutra, como poderá apresentar-se com este ou aquele objetivo – constitui fator apenas pertinente aos atos discricionários. Onde se trate de competência vinculada, sendo a atividade do administrador adstrita a um motivo único, predeterminado, cuja ocorrência material lhe cabe tão-somente constatar, e devendo ter o procedimento administrativo por objeto uma certa e determinada medida expressamente prevista pela lei, não há cogitar do mérito como um dos fatores integrantes do ato administrativo. Este se apresenta simplificado pela ausência de tal fator. E além de só pertinente aos atos praticados no exercício de competência discricionária, não constitui o mérito um fator essencial, nem autônomo na integração do ato administrativo. Não aparece com posição própria ao lado dos elementos essenciais (manifestação de vontade, motivo, objeto, finalidade e forma). Surge em conexão com o motivo e o objeto. Relaciona-se com eles. É um aspecto que lhes diz respeito. É uma maneira de considerá-los na prática do ato. É, em suma, o conteúdo discricionário deste".

O conceito foi adotado pela doutrina administrativa, passando a corresponder, resumidamente, ao binômio oportunidade/conveniência, ainda que o mérito possa abranger inúmeros outros

aspectos, como razoabilidade, equidade e tantos outros apontados por Seabra Fagundes. Outros aspectos apontados pelo jurista e amplamente aceitos pela doutrina e jurisprudência, durante longos anos, diz respeito à existência do mérito apenas nos atos vinculados e ao fato de estar presente nos elementos *objeto* e *motivo* dos atos administrativo.

Assim é que prevaleceu durante décadas o entendimento de que o mérito, correspondendo aos aspectos discricionários do ato, ficaria excluído da apreciação judicial, chegando-se a afirmar que o exame do mérito pelo Poder Judiciário caracterizaria infringência ao princípio da separação de poderes.

Tais ideias não se congelaram no tempo. Elas foram aos poucos evoluindo como consequência da já referida ampliação do sentido do princípio da legalidade.

Com efeito, a partir principalmente da década de noventa, o direito administrativo brasileiro passou a sofrer influência do direito alemão, espanhol e português (fundamentalmente) no que diz respeito à aplicação da teoria dos *conceitos jurídicos indeterminados*. O emprego, nas normas legais, de termos com sentido indeterminado (como urgência, interesse público, moralidade, utilidade pública, perigo iminente, notório saber e tantos outros), que inicialmente era entendido como outorga de discricionariedade à Administração Pública, passou a ser visto de outra forma: tratando-se de *conceitos jurídicos* (já que empregados pelo legislador), eles são passíveis de *interpretação* e, portanto, abertos à apreciação pelo Poder Judiciário, como intérprete da lei em última instância. Daí a conhecida frase: a discricionariedade administrativa começa quando termina o trabalho de interpretação. Por outras palavras, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados não pode, por si, servir de limite à apreciação pelo Poder Judiciário: a este cabe, primeiro, interpretar o conceito contido na norma, diante dos fatos concretos a ele submetidos. Se, pelo trabalho de interpretação, puder chegar a uma solução única que possa ser considerada válida, o juiz poderá invalidar a decisão administrativa que a contrarie.¹⁰

Aliás, a presença de conceitos jurídicos indeterminados nas normas legais não constitui característica exclusiva do direito administrativo. Tais conceitos existem em todos os ramos do direito sem que se negue ao juiz o poder (e o dever) de

10 Sobre conceitos jurídicos indeterminados, mérito e distinção entre discricionariedade e interpretação, tratamos, de forma mais aprofundada, na mencionada obra *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, 2001*, p. 97-132.

interpretá-los, até porque o juiz não pode deixar de dizer o direito no caso concreto, pela dificuldade de aplicação de noções imprecisas contidas na lei. No direito administrativo, o tema provocou grande controvérsia, exatamente pela identificação entre conceito jurídico indeterminado e discricionariedade administrativa. Hoje, é amplamente reconhecido o poder de *interpretação* de tais conceitos pelo Judiciário.

Contudo, não vamos ao ponto de defender que em nenhuma hipótese o emprego de termos indeterminados na norma envolve certa margem de apreciação para a Administração escolher a solução mais adequada. Especialmente os chamados *conceitos de valor* podem garantir à Administração a possibilidade de escolher a melhor solução diante de cada caso concreto. Se assim não fosse, estaríamos admitindo a possibilidade de o Judiciário substituir a Administração Pública, tomando decisões que o legislador outorgou a ela. Mas não há dúvida de que, em determinadas situações, os elementos de fato permitem, sem sombra de dúvida, a conclusão de que a Administração Pública não tinha senão uma opção. Por exemplo, os elementos de fato podem demonstrar que uma pessoa tem ou não tem notório saber jurídico; se uma pessoa tem mais merecimento do que outra para fins de promoção; se determinada medida é ou não urgente; se a alteração ou rescisão de um contrato atende ou não ao interesse público. Nesses casos, não há dúvida de que pode o Poder Judiciário corrigir a decisão administrativa tomada em descompasso com os fatos.

Alguns autores são mais rigorosos e entendem que tais conceitos não envolvem qualquer margem de discricionariedade; outros defendem que a interpretação do conceito, aliada ao exame da matéria de fato em cada caso concreto, pode afastar ou não a discricionariedade. Esta é a posição que adotamos.

O fato é que, em decorrência do exame, pelo Poder Judiciário, dos conceitos jurídicos indeterminados, reduziu-se consideravelmente o conteúdo do chamado *mérito* do ato administrativo. Não é possível dizer, como querem alguns, que o mérito deixou de existir, sob pena de transformar-se a Administração Pública em mero robô de aplicação da lei. Não há dúvida de que, em inúmeras hipóteses, a própria lei continua a deixar certa margem de liberdade decisória para a autoridade administrativa. Vários exemplos de mérito podem ser mencionados: a revogação de ato discricionário e precário, como a autorização e a permissão de uso de bem público; a

exoneração *ex officio* de servidor ocupante de cargo em comissão; a dispensa, sem justa causa, de servidor celetista; a alteração e a rescisão unilaterais de contratos administrativos; o deferimento ou indeferimento de determinados tipos de afastamento dos servidores públicos; a revogação do procedimento licitatório; a decisão sobre a execução direta ou indireta de serviços e obras; a revogação de licença para construir, por motivo de interesse público; e tantas outras hipóteses que podem ser facilmente extraídas do direito positivo.

Em todos esses exemplos, a Administração Pública tem certa margem de liberdade para escolher a melhor solução a ser adotada no caso concreto. Isto não significa que a sua escolha seja inteiramente livre. Ela está limitada pelo princípio da legalidade (considerado em seus sentidos amplo e restrito) e pela exigência de razoabilidade e motivação. Por maior que seja a margem de discricionariedade, como, por exemplo, na exoneração de servidor ocupante de cargo em comissão ou na dispensa, sem justa causa, de servidor celetista, existe a exigência de motivação. A motivação não pode limitar-se a indicar a norma legal em que se fundamenta o ato. É necessário que na motivação se contenham os elementos indispensáveis para controle da legalidade do ato, inclusive no que diz respeito aos limites da discricionariedade. É pela motivação que se verifica se o ato está ou não em consonância com a lei e com os princípios a que se submete a Administração Pública. Verificada essa conformidade, a escolha feita pela Administração insere-se no campo do mérito.

O que não pode mais o Judiciário fazer é alegar, *a priori*, que o termo indeterminado utilizado na lei envolve matéria de mérito e, portanto, aspecto discricionário vedado ao exame judicial. O juiz tem, primeiro, que interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido. Só após essa interpretação é que poderá concluir se a norma outorgou ou não diferentes opções à Administração Pública. A existência de diferentes opções válidas perante o direito afasta a possibilidade de correção do ato administrativo que tenha adotado uma delas.

O fato é que houve mais essa redução da discricionariedade administrativa, pelo reconhecimento de que o Poder Judiciário pode interpretar os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Diante disso, fácil é concluir-se o quanto a inserção, no conceito de legalidade, de *princípios e valores* (expressos por termos indeterminados) contribuiu para reduzir a discricionariedade administrativa.

E ainda outro fator que contribuiu para essa redução: a superação da ideia de que o capítulo da ordem social da Constituição é constituído apenas por normas programáticas, dependentes, para sua aplicação, de medidas legislativas e administrativas. Os direitos sociais foram inseridos no Título dos direitos e garantias fundamentais. Dentre eles, o artigo 6º inclui a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância. Em consequência, o dever do Estado de garantir tais direitos não pode ficar indefinidamente dependendo de leis e providências administrativas. Daí o entendimento de que as normas constitucionais que garantem esses direitos têm que ter um mínimo de eficácia decorrente diretamente da Constituição. Esse é outro aspecto da constitucionalização do direito administrativo: a concretização dos direitos sociais deixou de depender inteiramente do direito administrativo (leis e atos administrativos), podendo ser garantida por decisões judiciais tomadas em casos concretos.

Como consequência, cresceram as ações judiciais em que cidadãos pleiteiam proteção à saúde (remédios, exames médicos, tratamentos), à educação, à infância. E o Judiciário vem manifestando a indisfarçável tendência de decidir pela procedência de tais ações, especialmente na área da saúde. Os ônus financeiros impostos por essas decisões tomadas em casos individuais (e não em ações coletivas, como seria ideal) são de tal ordem que se pode afirmar que o Judiciário vem, indiretamente, interferindo com políticas públicas adotadas pelos Governos federal, estaduais e municipais.

Em resumo, estamos muito longe da discricionariedade entendida como poder político, própria do Estado de Polícia e herdada, parcialmente, no primeiro período do Estado de Direito. A discricionariedade, vista como poder jurídico (porque limitada pela lei) foi sofrendo reduções por vários fatores: pela inclusão dos atos normativos do Poder Executivo no conceito de legalidade; pela elaboração pretoriana da teoria do desvio de poder e da teoria dos motivos determinantes; pela chamada constitucionalização do direito administrativo, entendida no sentido da inclusão de princípios e valores no conceito de legalidade, em sentido amplo; pela interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, como decorrência de outro aspecto da constitucionalização do direito administrativo: o reconhecimento de um mínimo de efetividade às normas constitucionais que garantem os direitos sociais, como essenciais à dignidade da pessoa humana.

IV. REFLEXOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SOBRE O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Quais as consequências que a constitucionalização do direito administrativo (no sentido assinalado) teve sobre o princípio da legalidade, a discricionariedade administrativa e o controle judicial?

Muitas das conclusões sobre o tema foram objeto de análise no item anterior, já que o controle judicial se amplia na medida em que cresce a legalidade e se reduz a discricionariedade. No entanto, neste item, serão comentados alguns aspectos específicos no que diz respeito ao próprio tipo de interpretação judicial que vem se desenvolvendo como consequência da constitucionalização dos vários ramos do direito e, principalmente, do direito administrativo.

Tenho citado, em diferentes oportunidades, excelente trabalho de um autor espanhol, Carlos de Cabo Martín,¹¹ pela forma magistral pela qual resumiu o que vem ocorrendo com o princípio da legalidade e, do outro lado da moeda, com o controle judicial. O seu ensinamento merece ser citado, não só pela sua atualidade, mas também pelo fato de que se aplica (em grande parte) ao que vem ocorrendo no direito brasileiro.

Ele aponta, para o período atual, sensíveis mudanças na lei, como consequência dos princípios do Estado Social de Direito, indicando causas externas e causas internas ao ordenamento jurídico. Vou indicar essas causas, procurando demonstrar o que é e o que não é realidade no direito brasileiro.

Como *causas externas*, o autor aponta:

(a) o *fortalecimento do contrato, dos sujeitos privados e do direito privado frente à lei, ao Estado e ao direito público*; trata-se de tendência que já há algum tempo se faz sentir no direito brasileiro (embora continuem a existir os chamados contratos administrativos, disciplinados, de forma muito rígida, pela Lei nº 8.666 de 21.6.93, e que se aplicam à grande maioria dos acordos celebrados pela Administração Pública); pode-se mencionar, no sentido dessa tendência, o surgimento de novas modalidades de gestão privada (vários tipos de concessões e de parcerias com o setor privado), a privatização de empresas estatais, a quebra do monopólio de exploração de petróleo, o incremento da

terceirização (inclusive para fornecimento de mão de obra, em substituição aos servidores públicos), os contratos de gestão dentro da própria Administração Pública Direta e Indireta (com fundamento no art. 37, § 8º, da Constituição), os Termos de Ajustamento de Conduta celebrados pelo Ministério Público, as novas formas de participação do cidadão, por meio de audiências e consultas públicas;¹²

(b) *participação do cidadão no processo de elaboração legislativa*; essa participação, no direito brasileiro, é feita mais informalmente, pelos grupos de pressão, do que de forma institucionalizada; mesmo na elaboração das normas pelas agências reguladoras, a participação, ainda quando prevista em lei, tem pouco efeito prático;

(c) *dessacralização da lei proveniente da própria crise do Parlamento*, que não pode mais ser visto como representante da vontade geral do povo; esse aspecto foi por mim realçado na já citada tese sobre discricionariedade administrativa;¹³ com base na lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, foi demonstrado que a lei perdeu o seu prestígio e a sua grandeza, em primeiro lugar, porque se desvinculou da idéia de justiça, passando de instrumento de realização do bem comum, para instrumento da realização da vontade de grupos, de classes, de partidos; com isso, a lei perdeu, em grande parte, seu caráter de generalidade, abstração, impessoalidade, e passou a ter caráter individual, na medida em que atende a interesses parciais da sociedade ou grupos; essa politização das leis conduz à multiplicidade das leis, muitas vezes irracionais, e à instabilidade do Direito; em consequência, ela perde seu prestígio, sua credibilidade, já que muda com a maior facilidade e sem qualquer preocupação com o bem comum e com a justiça; esse aspecto assume maior proporção quando se considera que, em muitas matérias, é o Poder Executivo que edita normas com força de lei e que, pela facilidade de promulgação e alteração, geram ainda maior instabilidade e

desconfiança e acentuam a preeminência do Poder Executivo (que não representa a vontade geral do povo) sobre o Legislativo em matérias da maior relevância para os direitos individuais e para o bem-estar coletivo; isto sem falar na grande quantidade de atos normativos baixados por órgãos e entidades da Administração direta e indireta (dentre os quais as agências reguladoras), que também não representam a vontade geral do povo;

(d) *minimização da lei*, que fica cada vez mais vazia de conteúdo, mais formal, no sentido de que a decisão real é tomada pela Administração, no caso concreto, afetando o princípio da legalidade e o Estado de Direito; essa minimização da lei, em sentido estrito, é compensada pela ampliação do princípio da legalidade, que ganhou conteúdo material em decorrência da inclusão de valores e princípios de aplicação obrigatória pelos três Poderes do Estado; e é contrabalanceada pela maior extensão do controle judicial sobre os atos da Administração;

(e) *perda de eficácia da lei*, pela constante violação impune; o autor cita os exemplos de tortura, terrorismo de Estado, segredo de Estado; no Brasil, releva notar, de forma assustadora, a corrupção nos mais elevados níveis do Governo e da Administração Pública, com total desprezo à lei e à Constituição, nem sempre com a merecida punição.

Como *causas internas* ao ordenamento jurídico, Cabo Martín¹⁴ indica inúmeros fatores que merecem ser mencionados, embora algumas dessas causas não tenham aplicação no direito brasileiro:

(a) *o crescimento do direito internacional e do direito comunitário*; em alguns sistemas, os tratados internacionais sobrepõem-se ao direito interno; é o que ocorre, por exemplo, nos países que integram a União Europeia, em que o direito comunitário se coloca acima das Constituições dos países membros; isto não existe no direito brasileiro; pelo § 3º do artigo 5º, da Constituição (acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004), os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Na-

12 Sobre o tema, v. Fernando Dias Menezes de Almeida. *Mecanismos de consenso no Direito Administrativo*. In *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas* (organizado por Alexandre dos Santos Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 335-349.

13 2001, p. 32-33.

14 Ob. cit., p. 79 e ss.

cional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais; apesar de não se aplicar no Brasil a prevalência das normas internacionais e comunitárias sobre a Constituição, o que se nota é a influência que o direito comunitário europeu e também o sistema da *common law* vêm exercendo sobre parte da doutrina brasileira, cujo direito administrativo nasceu e se desenvolveu à imagem do sistema europeu continental; é o que ocorre quando se fala em crise na noção de serviço, quando se prega o fim dos contratos administrativos e de suas cláusulas exorbitantes, quando se flexibiliza ou mesmo se prega a extinção do princípio da supremacia do interesse público;

(b) a consideração da Constituição como norma jurídica, ficando a lei em segundo plano e, em consequência, afetado o próprio princípio democrático;

(c) *substituição da legalidade por constitucionalidade* ou tendência à hiperconstitucionalização do sistema, com a ampliação do âmbito da Constituição e diminuição do âmbito da lei; extensão do âmbito dos direitos e liberdades até entender-se que praticamente todas as questões estão impregnadas dos mesmos, levando a uma contaminação do individualismo; tendência a colocar na Constituição a regulação de todas as matérias, sem deixar muito campo ao legislador; tendência à formação de um direito constitucional de princípios e valores, o que muda a forma de interpretação da Constituição, tornando-a mais complexa e difusa, com prejuízo para a certeza do direito; esses fatores todos são verdadeiros também no direito brasileiro, devendo-se observar, contudo, que é exagero falar em *substituição* da legalidade por constitucionalidade, porque continua a existir a sujeição da Administração ao chamado "bloco de legalidade", abrangendo os atos normativos do Legislativo, do Executivo e dos órgãos e entidades que integram a Administração Pública direta e indireta (legalidade em sentido amplo); vale dizer que a idéia de constitucionalidade se acresce à de legalidade (e não a substitui);

(d) *impacto sobre o controle pelos tribunais constitucionais*: a lei fica sempre sob suspeita; no Brasil, embora não haja tribunal

constitucional, o Supremo Tribunal Federal desempenha o papel de órgão de controle da constitucionalidade, enfrentando o mesmo impacto da constitucionalização, já que está bem presente no direito brasileiro a tendência de colocar o máximo possível de matérias na Constituição, como melhor meio de garantir o cumprimento das normas; mesmo assim, o que se verifica é uma tendência forte ao descumprimento da própria Constituição; isto sem falar na crescente politização do Supremo Tribunal Federal, com sérios riscos ao Estado de Direito;

(e) *ampliação do conteúdo e efeitos das sentenças*: surgimento da interpretação conforme à Constituição (sentenças interpretativas), da inconstitucionalidade por omissão (sentenças de mera inconstitucionalidade), sentenças que completam o conteúdo da lei (sentenças aditivas);

(f) *administrativização da lei*, por meio de normas emanadas da Administração, leis conjunturais ou aprobatórias, como as que contêm "noções-quadro", *standards*, ou imprecisas, criando lacunas a serem preenchidas pela Administração (leis-quadro e leis indicativas ou programáticas, em que o Legislativo fixa critérios, objetivos e princípios); além disso, ocorre uma juridicização de normas técnicas, na medida em que a lei utiliza conceitos técnicos, a serem definidos por normas administrativas; a consequência é a mudança no princípio da legalidade, já que a lei deixa de ser reguladora e passa a ser meramente reflexiva; outra consequência é o papel de *co-determinação* assumido pelo Judiciário, pois a lei, ao criar uma zona de indeterminação (com o emprego de termos vagos, princípios, *standards*), permite que a determinação fique dependendo de interpretação pelo juiz; outra consequência ainda é a flexibilidade e adaptabilidade das normas, pois, sendo a lei rica em conceitos indeterminados e ficando para a Administração a tarefa de torná-la determinada, as normas se tornam mais flexíveis e fáceis de irem se adaptando às alterações das situações concretas;

(g) *administrativização do processo de elaboração da lei*, com a previsão de instrumentos de participação do cidadão, por meio de consulta, enquête, recurso aos es-

pecialistas, atuação de grupos de pressão; a consequência é a perda do caráter de generalidade da lei, porque ela passa a disciplinar interesses concretos, que se integram no processo legislativo;

h) *pluralismo das fontes de produção do direito*, uma vez que, ao lado da estatal, surge a infraestatal (por meio de auto-regulação) e a supra estatal (oriunda de organismos internacionais); além disso, a fonte estatal compreende vários níveis, permitindo falar em pluralismo interno, uma vez que, ao lado dos atos normativos emanados do Poder Legislativo, reconhece-se a legitimidade de normas postas pelo Poder Executivo (medidas provisórias, leis delegadas, regulamentos) e por órgãos e entidades da Administração Pública (dentre as quais as agências reguladoras).

Dois outros fatores, já analisados nos itens anteriores, devem ser mencionados, no direito brasileiro, com reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade (e, portanto, sobre o controle judicial sobre os atos da Administração Pública):

- (a) a constitucionalização de princípios e valores, que passaram a integrar o sentido do princípio da legalidade e a limitar a discricionariedade administrativa, com a consequente ampliação do controle judicial;
- (b) o reconhecimento de que as normas constitucionais, no campo dos direitos sociais, não são meramente programáticas, mas têm um mínimo de efetividade que decorre diretamente da Constituição e que pode ser garantida pelo Poder Judiciário;
- (c) o entendimento de que os chamados conceitos jurídicos indeterminados são passíveis de interpretação judicial e nem sempre agasalham diferentes opções para a Administração Pública.

CONCLUSÃO

De tudo o que se tem dito sobre o princípio da legalidade, o mais lamentável é o emprego da

palavra *crise* para designar o momento atual de sua evolução. A palavra *crise* dá idéia de alguma coisa que está se deteriorando, no caminho do fim. Não é o que ocorre. É evidente que o princípio passou por toda uma evolução, como demonstrado nos itens anteriores.

Foi muito feliz a professora Odete Medauar ao utilizar a expressão *direito administrativo em evolução*¹⁵ para intitular uma de suas obras. Ela nada fala sobre crise em qualquer de seus institutos. Ela apenas aponta a sua evolução. Por isso, em relação ao princípio da legalidade, podemos, parodiando o título daquela obra, falar do *princípio da legalidade em evolução*.

É evidente que, comparado com o princípio, tal como elaborado em suas origens, o princípio percorreu um longo caminho e foi sofrendo alterações, sempre no sentido do acréscimo e não da redução. Basta lembrar que, nas origens, a legalidade não cobria todo o âmbito de atuação da Administração Pública, mas apenas os aspectos que dissessem respeito aos direitos individuais, especialmente a liberdade e a propriedade. Em tudo o mais, a atuação administrativa estava livre de submissão à lei e ao controle judicial.

Sob esse aspecto, não há dúvida de que o princípio se enriqueceu no momento em que passou a abranger toda a atividade administrativa. E se enriqueceu ainda mais em fase posterior, em que houve a inclusão de princípios e valores na Constituição, levando a uma ampliação do princípio da legalidade e a uma redução da discricionariedade no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo e permitindo ao Poder Judiciário examinar a validade das leis e dos atos administrativos sob novo aspecto. Essa constitucionalização deu margem à aplicação tardia do que nos Estados Unidos é chamado de *princípio do devido processo legal em sentido substantivo*, que permite ao Poder Judiciário rever e anular inúmeros atos legislativos e decisões administrativas consideradas contrárias aos princípios e direitos fundamentais consagrados pela Constituição.¹⁶ A constitucionalização não reduziu a legalidade, nem a substituiu. Ao contrário, ela ampliou o conteúdo do princípio da legalidade, criando maiores limites à discricionariedade legislativa e administrativa.

É verdade que a constitucionalização, no

15 RT, 2003.

16 Sobre o tema, v. Carlos Roberto de Siqueira Castro. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. E também o meu livro sobre *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, 2001*, p. 185-191.

sentido exposto, produziu nova forma de interpretação judicial que pode gerar maior insegurança jurídica, em decorrência da própria imprecisão dos dispositivos constitucionais consagradores de princípios e valores. Isto constitui um paradoxo no momento em que o princípio da segurança jurídica se fortalece no direito público brasileiro. Mas esse risco, que pode ser superado com o decurso do tempo, pela formação paulatina de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pelo maior conhecimento da Constituição, não pode significar a crise no princípio da legalidade, no sentido de sua redução ou extinção.

O aspecto realmente negativo (porém, talvez, inevitável) da evolução pode ter sido a atribuição de função normativa ao Poder Executivo e a órgãos e entidades da Administração Pública Indireta, que não detêm legitimidade democrática para a elaboração de normas cogentes. O direito brasileiro não incorporou inteiramente, senão no papel, a ideia de participação do cidadão no processo de elaboração das normas por tais entes. A proliferação de normas por órgãos e entidades da Administração Pública deixa, muitas vezes, desprotegido o cidadão, pela dificuldade de submeter ao Supremo Tribunal Federal, pela via de ação direta de inconstitucionalidade, os atos normativos baixados por tais entes, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, onde a Corte Suprema invalida atos normativos das agências, seja por descumprimento do processo para sua elaboração, seja pela irrazoabilidade das normas diante das normas-quadro constantes das leis e da Constituição (pela aplicação do princípio do devido processo legal substantivo). Mas sempre resta a possibilidade de controle judicial pela via de exceção.

O único aspecto em que talvez se pudesse falar em crise de legalidade, ou talvez se dissesse melhor, em crise de moralidade seria o do reiterado desrespeito pela ordem constituída, por parte da Administração Pública e do Legislativo, com estardalhadas e frequentes notícias de corrupção, afetando a credibilidade dos órgãos governamentais, com sérios e nem sempre recuperáveis danos ao patrimônio público, entendido no sentido mais amplo da expressão, que abrange inclusive o aspecto moral. Pondo-se fim à impunidade, o princípio da legalidade poderá ser aplicado em toda a sua extensão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de Almeida. Mecanismos de consenso no direito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos, e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coordenadores). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 335-349.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito administrativo. *RDA*, 23/1-16.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988.

MARTÍN, Carlos de Cabo. *Sobre el concepto de ley*. Madri: Editorial Trotta, 2000.

VEDEL, George e DELVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaire de France, 1984.