

# A NOVA DIMENSÃO DA LEGALIDADE EM FACE DA ORDEM ADMINISTRATIVA INTERNACIONAL

**Guilherme Fabiano Julien de Rezende**

Juiz Federal da 1ª Turma Recursal da Subseção Judiciária de Juiz de Fora/MG. Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa/PT na especialidade de Ciências Jurídico-Políticas.

## Resumo

Este artigo aborda a questão da nova perspectiva legal na consideração de vários sistemas legais. O estabelecimento do Estado de Direito na passagem do absolutismo para o Estado Liberal foi determinante na mudança de concepção até então existente. O funcionamento da União Europeia tem sido um passo importante na mudança de paradigma. Nesse sentido o papel da jurisprudência se apresenta fundamental. A positivação dos princípios que servem de fonte para o direito administrativo e o papel construtivo da jurisprudência tem contribuído para nova abordagem da legalidade que ganha dimensão global à medida que os Estados se aglutinam em organizações internacionais de integração.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo - Dimensão da legalidade - Limitação da discricionariedade - Decisões internacionais

## Abstract

This article aims about the new law perspective to consider in several law systems. The rule of law establishing the passage of absolutism to the liberal state was decisive in changing conception until then existing. The functioning of the European Union has been an important step in the paradigm shift. In this sense the role of jurisprudence appears fundamental. The transformation of the principles into legality which serve as source for Administrative Law and the constructive role of jurisprudence has contributed to a new approach to legality winning overall size as the United coalesce into international integration organizations.

**Keywords:** Administrative Law - Dimension of legality - Discretionary limitation - International decisions

## 1 Introdução

Num primeiro momento, na fase pré-constitucional<sup>1</sup>, a legalidade era extremamente mitigada, na medida em que o poder estava todo concentrado nas mãos do monarca que inclusive detinha a denominada prerrogativa régia, podendo mudar o direito ao seu talante sem qualquer tipo de submissão a uma instituição estatal.

Já no Estado liberal, o princípio da legalidade surge como elemento essencial ao seu desenvolvimento, tendo uma aplicação muito localizada, apenas quanto aos aspectos de segurança e propriedade, próprios de um tipo de incidência estatal agressiva.

Ao mencionar o Estado liberal, há de se remeter à Revolução Francesa de 1789 que consagrou o liberalismo em contraposição ao que se praticava até então que era o absolutismo. PAULO BONAVIDES destaca que é justamente do conflito entre essas posições é que surge, pela primeira vez, a noção de Estado de Direito<sup>2</sup>.

Como fruto de uma afirmação do Estado de Direito, busca-se dar legitimidade ao parlamento em detrimento da legitimidade do rei, já que ele era detentor da citada prerrogativa<sup>3</sup> e, agora, a lei passa a ter uma autonomia advinda do parlamento, o qual era composto por representantes eleitos.

A noção de Estado de Direito foi ampliada no que tange a sua aplicação no Estado Social e na formatação do Estado da infraestrutura, isso em razão de seu maior desenvolvimento. Antes, porém, nesse contexto da construção da ideia de Estado de Direito, interessante anotar duas observações pertinentes feitas por ROUSSEAU<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado. *Direito administrativo geral*. 2. ed. Lisboa: Dom Quixote, 2006. t. I.

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros. 2007, p. 41.

<sup>3</sup> CAUPERS, João. *Introdução ao Direito Administrativo*. 9. ed. Lisboa. 2007, p. 49 “(...) para os liberais, o primado da lei sobre a administração era um corolário da superioridade da legitimidade parlamentar, assente no sufrágio, sobre a legitimidade do rei, de carácter dinástico”.

<sup>4</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 5. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 2003.

A primeira, de que “o mais forte nunca é suficientemente forte para ser sempre o senhor se não transformar a sua força em direito e a obediência em dever”. A segunda, de que “o homem não tem autoridade natural sobre o seu semelhante, e dado que a força não produz nenhum direito, restam então as convenções como base de qualquer autoridade legítima entre os homens”.

Infere-se de tais assertivas, conquanto seja uma visão de toque realista, a vertente autoritária do discurso de ROUSSEAU, já que estabelece um caminho quase natural ao reafirmar a força dos mais fortes mediante convenções elaboradas pelos próprios destinatários por meio de seus representantes. Conforme enfatizado, tenta-se minorar o efeito ostensivo de tal pretensão, garantindo alguns direitos, mas, sem dúvida, são criados mecanismos de manutenção da ordem e execução efetiva das normas editadas, ou seja, instituindo o dever de obediência, tudo em prol de um Estado de Direito que encontra sua força motriz na legalidade.

GARCÍA DE ENTERRÍA sublinha que a tese apresentada por ROUSSEAU – da vontade geral – se constituiu na base da concepção do princípio da legalidade e, conseqüentemente, da construção do Estado de Direito<sup>5</sup>.

A propósito das assertivas formuladas por ROUSSEAU, de cunho evidentemente autoritário, VASCO PEREIRA DA SILVA

---

<sup>5</sup> ENTERRÍA, Eduardo García. *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. 4. ed. Reimpresión. Thomson Civitas, 2005, p. 23: “Sobre la tesis de Rosseau, en efecto, va a montarse todo el moderno concepto de la Ley y su papel central en la teoría del Estado. La única posibilidad de ‘rendre legitime’ el encadenamiento del hombre, supuesto su nacimiento libre, es que la autoridad pública resida en la comunidad entera, ‘le souverain n’étant formé que des particuliers qui la composent’. Sobre la base del pacto social, el soberano actúa la ‘volonté générale’ del cuerpo colectivo, y esta nota de generalidad es predicable no sólo por razón de que tal voluntad actúe como órgano del conjunto, sino también, y específicamente por el carácter general de sus determinaciones, que justamente lo que resuelve el problema de la legitimidad, pues, en efecto, obedeciendo a la voluntad general no hago más que obedecerme a mí mismo, ‘seguir mi propio sentir vertido a lo general, el único sentir que me hace verdaderamente libre’. La voluntad general se manifiesta, pues, en determinaciones generales; sólo la Ley general es legítima como expresión de la voluntad general, y en esta voluntad general se incardinan, en cuanto poder soberano, todas las funciones públicas”.

o apresenta como um dos pais do Estado, aludindo a outros três – HOBES, LOCKE e MONSTESQUIEU –, sendo que ROUSSEAU estaria na representatividade masculina, em face de suas posições sobre a criação do Estado, baseada, sobretudo, em uma noção de pacto social<sup>6</sup>.

LUIGI FERRAJOLI<sup>7</sup> destaca com propriedade que “o Estado de Direito Moderno nasce com a forma do Estado Legislativo de Direito, no momento em que se afirma o princípio da legalidade como critério exclusivo de identificação do direito válido”. Apresenta, ainda, a crítica de que neste estágio o que importava era a fonte da produção da norma independente de ser justa ou não, isto como fruto do monopólio estatal de produção jurídica.

## 2 O primado da lei

Consequência natural ao conceito de Estado de Direito, um elemento que se encontra jungido a essa questão é o primado da lei. Torna-se praticamente impossível falar naquele sem ter a ideia deste.

Parece óbvio, na atual fase da Administração Pública em nível global, que o Poder Público se submete às normas jurídicas instituídas. Em sentido lato e diferente do que ocorria no Absolutismo, ele mesmo cria ou participa da elaboração dos atos normativos, utilizando-se, basicamente, de seus representantes eleitos, e depois se submete ao que criou, visto que as normas ganham autonomia, surtindo seus efeitos inclusive em relação à Administração. A submissão dela à legalidade funciona como método garantidor da segurança jurídica oriunda da relação estabelecida entre ela e o

<sup>6</sup> SILVA, Vasco Pereira da. *Para o contencioso administrativo dos particulares* (esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação). 1ª edição. Coimbra: Almedina, 1997: “fala em Hobbes e Rosseau como pais do Estado, já que apresentam e teorizam o elemento democrático do estado, alicerçado em um pacto social, ou seja, o estado fundamenta-se na vontade das pessoas que o constituíam”.

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Neoconstitucionalismo(s), pasado y futuro del estado de derecho*. Editorial Trotta. Coordenação de Miguel Carbonell. Madri: 2003, p. 16 ss.

particular que também é destinatário da norma estatal além de ter de se amoldar às regras infralegais erigidas que ela própria elabora.

Esse é o ponto chave de distinção entre o absolutismo que imperava antes e o Estado de Direito. No primeiro, o poder régio, ou seja, aquele atribuído ao monarca dava-lhe o poder de alterar o direito conforme sua vontade. No segundo, inicia a ideia de uma estabilidade jurídica por força da autonomia das normas e consequente submissão do poder público aos seus preceitos, o que permite construir uma garantia mínima nas relações sociais e o desenvolvimento do princípio da segurança jurídica, tão importante nas democracias modernas.

Com efeito, a Revolução Francesa de 1789 foi um marco divisor nessa questão trazendo conceitos de um Estado Liberal de Direito, mas partindo de uma noção de legalidade nunca vista anteriormente numa tendência clara em transferir para um corpo próprio de agentes públicos – o parlamento – a tarefa dantes exercida com vigor pelo rei.

Diante da consolidação do Estado de Direito, ao se aludir à sujeição ao ordenamento jurídico não está a se dizer simplesmente às normas positivas, porquanto há princípios supralegais que norteiam a ação pública com força igual ou superior aos preceitos inseridos nos textos legais. Esse é ponto sensível no direito moderno, dentro das sociedades firmadas pela *rule of Law*.

Com efeito, a nova dimensão da legalidade não se circunscreve apenas ao ordenamento jurídico positivo. Na esteira desse entendimento, registra-se a lição de PAULO OTERO, segundo o qual “o Direito não se esgota em actos jurídicos provenientes de fontes formais, simples produto da vontade do poder expressa em procedimentos previstos ou regulados pelas normas constitucionais, mostrando-se susceptível de também compreender normas que escapam totalmente a mecanismos formais de produção, daí se afirmar que a juridicidade nunca se pode esgotar na simples normatividade criada por uma autoridade legitimada na Constituição formal: num Estado de juridicidade, o Direito, sem prejuízo de

compreender também a ‘legalidade democrática’, enquanto expressão da vontade política das estruturas decisórias legitimadas à luz das normas constitucionais, não se reduz a tais fontes<sup>8</sup>’.

E ao mencionar princípios que abarcam a noção de juridicidade, conquanto a tendência atual seja de positivá-los, mormente nos textos constitucionais, dificilmente trazem a definição legal, constituindo-se em verdadeiras normas abertas de conteúdo indeterminado, permitindo ao jurista o labor de interpretá-las conforme a situação concreta apresentada. Daí as construções pretorianas em várias áreas do direito.

A noção de legalidade desenvolvida em solo nacional ficou restrita em sua concepção de largo uso aos atos emanados do poder legislativo, criando uma conexão insuperável com a atividade estatal setorizada e a dependência formal desse ramo de poder de maneira a levar às últimas consequências o conceito de tal princípio.

No entanto, na seara Europeia, no campo do direito supranacional, o exemplo emblemático de quebra de tal paradigma, ou seja, da noção da legalidade estrita, seria o papel desenvolvido pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no que tange à noção de primazia do direito comunitário sobre o direito dos Estados que compõe a União Europeia sem que haja norma expressa sobre isso nos tratados constitutivos de tais organizações internacionais.

Nesse sentido também, a concepção de JEAN RIVERO<sup>9</sup> segundo o qual “*o direito, na verdade, tem outras fontes além da lei*”, isso na justificativa sobre ação do poder executivo no campo do poder normativo nos clarões deixados pelo legislador, concluindo que onde a lei falta “*a ação do Executivo está limitada por regras jurídicas*”.

---

<sup>8</sup> OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Lisboa: Almedina. 2003, p. 24.

<sup>9</sup> RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Doutor Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina 1981, p. 20: “(...) a evolução constitucional impõe, para a submissão da Administração ao direito, um fundamento mais largo que a concepção tradicional do primado do lei: a ideia de que não há segurança para o indivíduo quando a Administração não está vinculada por uma regra jurídica, seja qual for sua natureza”.

Um paradigma importante e que calha à circunstância, no tocante ao tema em questão, é a disposição da Constituição da República Portuguesa que em seu artigo 3º expressa, claramente, a vontade do legislador constituinte em estabelecer e, sobretudo, reafirmar o primado do direito e da legalidade. No item 2 desse dispositivo, o Estado se subordina à Constituição e se funda na legalidade democrática. Institui, ainda, a necessidade de uma conformação dos atos legislativos e administrativos de qualquer grau às normas constitucionais. Isso como condição de validade destes. Em outras palavras, todo ato desconforme com a constituição há de ser considerado inconstitucional e, portanto, retirado materialmente do ordenamento jurídico (em sentido lato).

A Constituição Brasileira declara formalmente o princípio da separação de poderes, que ganhou destaque no “Espírito das Leis” de MONTESQUIEU, consubstanciando no artigo 2º que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Proclama, no capítulo destinado à Administração Pública, entre outros, o princípio da legalidade<sup>10</sup>.

Observa-se que, acertadamente, tanto no caso português quanto no brasileiro o que se institui é uma relação de coordenação entre os poderes constituídos do Estado sem qualquer possibilidade de subordinação entre eles, o que comprometeria seriamente o regime democrático. Todavia, a dificuldade é manifesta quanto aos limites da atuação desses, o que torna complexa a averiguação fática da inexistência de uma subordinação.

A questão fica ainda mais complexa dentro do exercício do “sistema de freios e contrapesos”. Mais uma vez a lição de BONAVIDES<sup>11</sup> ressaí fundamental quando aborda a questão sob o prisma de ter sido esse elemento fundamental à correção da doutrina original da separação de poderes.

<sup>10</sup> Arts. 2º e 37 da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>11</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 74: “O sistema de freios e contrapesos constitui a primeira correção essencial que se impôs ao referido princípio, como decorrência, até certo ponto empírica, da prática constitucional, bem que não estivesse ausente das reflexões de Montesquieu”.

Portanto, no primado do direito, nomeadamente na tradição francesa, a legalidade surge como um dos princípios basilares do direito público que, associada à supremacia do interesse público sobre o privado<sup>12</sup>, forma o alicerce de toda a edificação traduzida na atuação estatal.

Destaca, também, FERRAJOLI<sup>13</sup> que o Estado Legislativo de Direito, o qual tem sua marca característica na afirmação do princípio da legalidade como corolário do monopólio estatal da produção jurídica, evolui para o Estado Constitucional de Direito em que se subordina a própria legalidade às Constituições rígidas. Assim, as leis serão consideradas válidas, ainda que advindas do Estado, somente se conformadas com a Constituição. Altera-se, portanto, o papel da jurisdição, que não é só o de aplicar a lei porque é lei, mas se for constitucionalmente válida.

Cabe salientar que, sobretudo nas democracias consolidadas, a explosão em âmbito mundial dos direitos humanos veio a colocar um tempero importante na visão tradicional da prevalência do interesse público sobre o particular. Portanto, em determinadas áreas, o sacrifício do interesse individual não será automático como dantes colocada a questão. Cita-se, como exemplo, a *Human Rights Act* 1998 no Reino Unido.

---

<sup>12</sup> Para ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 5. ed. Sintra: Publicações Europa-América. 2003, p. 27: "(...) cada indivíduo pode, como homem, ter uma vontade particular contrária ou diferente da vontade geral que tem como cidadão. O seu interesse particular pode falar-lhe de uma maneira completamente diferente do interesse comum; a sua existência absoluta e naturalmente independente pode fazê-lo encarar o que deve à causa comum como uma contribuição gratuita, cuja perda seria menos prejudicial aos outros do que o pagamento é oneroso para ele, e, olhando a pessoa moral que constitui o Estado como um ser de razão porque não é um homem, gozaria dos direitos do cidadão sem querer cumprir os deveres do súbdito; injustiça cujo processo causaria a ruína do corpo político. Portanto, para que o pacto social não seja um formulário vazio, contém tacitamente este compromisso, que por si só pode dar força aos outros: quem quer que recuse obedecer à vontade geral a isso será forçado a ser livre, visto que é essa a condição que, ao dar cada indivíduo à pátria, o livra de qualquer dependência pessoal".

<sup>13</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo* (una discusión sobre derecho y democracia). Traducción de Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta. 2006, p. 16-17.

### 3 A influência das decisões internacionais no ordenamento jurídico-administrativo interno

Desde o nascedouro do Direito Administrativo em França, em que a jurisprudência praticamente fez surgir um novo ramo do direito, tendo como importante acontecimento o caso *Agnès Blanco* que desafiou o célebre *arrêt* do Conselho de Estado de 8 de fevereiro de 1873 em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado, a situação não se apresenta tão diversa do cenário atual, mormente em face da dinâmica que envolve o Direito Administrativo.

Nesse sentido, vale destacar a posição de JÜRGEN SCHWARZE<sup>14</sup> na esteira de ser característica do desenvolvimento dos sistemas nacionais de Direito Administrativo, ou seja, a influência que sobre este é exercido, o fato de que no âmbito da Comunidade Europeia, tal ramo se expandiu primariamente através das decisões judiciais oriundas do Tribunal de Justiça Europeu.

Essa questão, de certa forma, encontra fundamento jurídico-histórico no papel desempenhado pelo Conselho de Estado Francês, que em um primeiro momento em sua vertente de atuação no campo consultivo se impôs pelos posicionamentos de seus membros cuja razoabilidade da atuação resultou na conquista de espaço no cenário jurídico, gerando inevitavelmente a passagem da justiça reservada para a justiça delegada.

### 4 A convergência das normas administrativas entre os Estados

O direito administrativo apresenta-se como ramo do direito público porquanto suas normas são essencialmente públicas. A omissão do termo interno é proposital, porquanto, como se pode

---

<sup>14</sup> Vide SCHWARZE, Jürgen. *European Administrative Law*. Office Official Publications of The European Communities. Sweet and Maxwell, 1992.

aquilatar, na sistemática atual, com o direito da integração em vigor, em que vários países soberanos se agrupam para formar blocos importantes no cenário global, surgem, inevitavelmente, normas de conteúdo e alcance transnacional, ultrapassando as fronteiras do direito interno, visto como são normas que acabam por ter aplicação plural. Poderia se vislumbrar a existência de um direito administrativo global.

Essa assertiva torna-se mais forte à medida que cresce a integração no cenário internacional com a criação de blocos econômicos. Portanto, a instituição de tratados internacionais, dependendo do tipo de integração, pode gerar a consequência de transformação do ordenamento jurídico interno, ao incorporar normas comunitárias, o que se denomina efeito direto, condicionada, é claro, à aceitação pelo órgão competente. É a situação atual da União Europeia.

Mesmo quando se trata de norma que necessite de transposição para o direito interno, a argumentação de que tais preceitos só ganham contornos viáveis depois dessa atitude positiva pelo Estado e que, portanto, perderiam seu caráter transnacional, não teria validade como argumento jurídico-teórico, já que, repita-se, ao se instituir uma união de Estados soberanos há presunção de boa-fé de que as normas votadas entre seus membros serão acatadas internamente, porquanto devem expressar a vontade das soberanias envolvidas no pacto, uma vez que houve participação direta e ativa na elaboração do diploma.

Isso é facilmente detectado no teor do artigo 8º, itens 3 e 4 da Constituição Portuguesa quando expressamente declaram que as normas de órgãos componentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, o mesmo valendo quanto às disposições que regem os tratados da União Europeia.

Aliás, WOLFF/BACHOF/STOBER<sup>15</sup>, ao discorrerem sobre o caráter vinculativo do direito comunitário, analisam bem a questão ao afirmarem que no interesse da capacidade de funcionamento da Comunidade, a Administração alemã está vinculada de modo diferenciado a estas e outras normas, citando o Tratado da União Europeia, fazendo referência ao “efeito de vinculação”.

Nota-se que se está diante de uma nova visão que supera, de certa forma, a concepção mais tradicional de OTTO MAYER, segundo o qual o direito administrativo, no sentido literal do termo, se trata das relações entre o Estado e o administrado de forma isolada, ou seja, tendo um particular apenas ou contra uma coletividade deles, advertindo que nem tudo que regula estas relações é direito administrativo<sup>16</sup>. Ressalta-se na linguagem mais moderna da doutrina Europeia que os administrados são tratados apenas como particulares, o que, de fato, soa melhor e se coaduna com a função estatal de administrar o interesse da coletividade. Dessa forma, o Estado não administra propriamente as pessoas senão estabelece normas a serem observadas sem, contudo, fazê-las objeto de atuação.

Na atualidade, em se tratando de Direito Administrativo do Estado-Membro da União Europeia, há influência direta do Direito Comunitário visto como ganha contornos variados e, muitas vezes, diferentes do que é praticado internamente. Isto de tal forma que, dessa simbiose, surge o Direito Administrativo Europeu, com

<sup>15</sup> Wolff/Bachof/Stober. Tradução de António Francisco de Sousa. *Direito administrativo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, v. 1, p. 181: “**o primado da aplicação** fundamenta-se directamente no art. 189 TUE; art. 249 TUE, nova versão. Este artigo determina que **os regulamentos são vinculativos** em todas as suas partes e vigoram de forma geral e directa em todos os Estados-membros. Portanto, os regulamentos opõem-se às directivas, que apenas vinculam a administração após uma transformação nacional. No entanto, verificando-se determinados pressupostos, as directivas também podem ter efeito vinculativo directo (o chamado **efeito directo** ou **efeito impositivo**). Será o que se verifica quando um não exerce totalmente ou atempadamente o seu dever de conversão, caso em que a directiva não necessita de outros actos de execução e produz directamente os efeitos favoráveis aos cidadãos”.

<sup>16</sup> Otto Mayer. *Derecho Administrativo Alemán*. Parte general. Buenos Aires: Depalma, 1982, t. I, p. 17.

traços próprios, numa tendência de unificação dos procedimentos a serem adotados, mormente no cumprimento das normas advindas da *European Union*. Surge, na expressão de VASCO PEREIRA DA SILVA, um Direito Europeu Concretizado<sup>17</sup>.

Todavia, há outro elemento complicador na questão vertente quando se trata de encarar o princípio da legalidade numa ótica moderna e, sobretudo, quando se fala de um direito administrativo global em que normas de diferentes fontes afetam o direito interno como é o caso daquelas emanadas pela União Europeia.

Nessa temática, calha à circunstância a citação de VASCO PEREIRA DA SILVA do pensamento de expresso por JÜERGEN SCHWARZE ao dizer que “os direitos administrativos dos Estados membros da União Europeia já não são determinados unicamente a nível nacional, mas estão também sujeitos a influência europeia, sob múltiplas formas. Esta tendência *inter alia* manifesta-se precisamente no facto de os tribunais administrativos serem crescentemente chamados a lidar com questões de Direito Europeu<sup>18</sup>”.

## 5 O primado jurisprudencial e a experiência europeia

A propósito do tema, incumbe registrar que o princípio do primado do direito comunitário foi confirmado por uma decisão histórica do Tribunal de Justiça no acórdão de 15 de julho de 1964, *Flaminio Costa contra Ente Nazionale per l'Energia Elettrica (Costa contra Enel)*. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que “*diversamente dos tratados internacionais ordinários, o Tratado CEE institui uma ordem jurídica própria que é integrada no sistema jurídico dos Estados-Membros a partir da entrada em vigor do Tratado e que se impõe aos seus órgãos jurisdicionais nacionais*”. Invocando os termos e o espírito

<sup>17</sup> Sobre essa questão vide SILVA, Vasco Pereira da. *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise* (ensaios sobre as acções no novo procedimento administrativo). Lisboa: Almedina. 2005.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 105.

do Tratado, o Tribunal considera que o efeito do primado do direito comunitário limita a margem de manobra dos Estados, impedindo-os de produzir legislação que entre em contradição com a das instituições europeias. Os Estados-Membros também não podem apoiar-se num direito nacional existente anterior à adoção de um texto comunitário, em caso de contradição entre um e o outro.

Os Estados-Membros não podem, além disso, invocar a regra da reciprocidade por força da qual um deles pode eximir-se às suas obrigações comunitárias enquanto os outros as não tiverem cumprido. Em outras palavras, os Estados-Membros devem respeitar a conformidade com o direito comunitário porquanto este tem força vinculativa. No acórdão Costa, o Tribunal de Justiça conclui, a este propósito, que o princípio do primado “*tem por corolário a impossibilidade, para os Estados, de fazerem prevalecer, sobre uma ordem jurídica por eles aceite numa base de reciprocidade, uma medida unilateral*”.

A experiência supra não se esgota no âmbito da União Europeia. No Brasil, a teor da influência norte-americana em aspectos relevantes do direito judicial, a jurisprudência tem obtido contornos diferenciados e, até mesmo, com prevalência sobre a letra fria da lei, já que se trata, em última análise, do direito interpretado.

Surge a indagação corolário da afirmação supra: estaria a jurisprudência no rol da legalidade no sentido lato em face da nova dimensão conceitual de juridicidade? No caso brasileiro, poder-se-ia questionar: as súmulas vinculativas oriundas do Supremo Tribunal Federal teriam força normativa e, portanto, estariam enquadradas no bloco de legalidade? Com a célebre reforma do judiciário, consubstanciada na EC 45/2004 foi acrescentado o artigo 103-A<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Vide Lei nº 11.417/2006 que regulamentou esse artigo da Constituição Federal.

à Constituição Federal o qual criou a possibilidade de edição de tais súmulas com efeito vinculante para todos os outros órgãos do Poder Judiciário e, também, para a Administração Pública direta e indireta em todos os níveis da federação.

## 6 O comportamento da administração pública em face da nova ordem global

Na sequência da abordagem, quando se adentra o campo de um direito administrativo transnacional o quadro não é diverso, isso porquanto, à medida que a integração passa não ser interessante para os membros mais poderosos todo o resto fica comprometido. A prevalecer tal posicionamento comprometer-se-ia a própria sobrevivência do bloco. Todavia, o movimento moderno tem sido no sentido de se buscar a promoção da integração dos países de tal maneira que haja um crescimento global que favoreça a todos.

Para tanto, há sempre o desenvolvimento de um sistema complexo de normas que traga segurança jurídica aos membros da organização, pautando-se pelo estabelecimento de direitos e deveres mútuos a sustentar o arcabouço jurídico-político institucional. Se houver rompimento desta ordem, o todo fica comprometido. É, portanto, um grande exercício de entrega de parcela da soberania em prol de algo que reverta em desenvolvimento e melhora na qualidade de vida dos cidadãos componentes das nações envolvidas no acordo. Isto, é claro, em um tipo de integração mais avançada, como nos mercados comuns e naquelas de união econômica e monetária, como é o caso da Europeia.

Fala-se em entrega de parcela da soberania porquanto há subsunção ao direito comunitário e, conforme já explicitado, tendo normas que incorporam diretamente no ordenamento jurídico positivo nacional destes como fruto do que se denomina de efeito direto. Inclusive, havendo primazia das normas comunitárias sobre as nacionais.

A subordinação da Administração Pública à legalidade se impõe de tal forma que não se constitui apenas um limite, mas o caminho a percorrer. Contudo, a incidência desta legalidade e o que constitui esta legalidade no panorama do Direito Administrativo moderno é que tem se apresentado de forma diferenciada da concepção tradicional em que a limitação normativa se restringia ao Estado.

Nesse sentido, Vasco Pereira da Silva<sup>20</sup> desenvolve o argumento de que assim, não se há mais falar em uma necessária ligação do Direito Administrativo ao Estado, isto como modelo tradicional desse ramo do direito, uma vez que a realização das tarefas de conteúdo materialmente administrativa é efetuada por diferentes sujeitos, tanto de personalidade pública quanto privada, extrapolando as fronteiras estatais, dando ensejo a falar em um *Direito Administrativo Global*. Citando Mario Chitti, o autor menciona que o Direito Administrativo transformou-se em um *direito mestiço*.

O que se pode concluir é que a noção de legalidade, hoje, vai além das normas produzidas no âmbito interno do Estado, visto que há uma série de normativas a serem aplicáveis que são de produção externa, tendo influência direta nas relações administrativas internas a que a Administração Pública está, também, sujeita.

## 7 A limitação da discricionariedade administrativa no contexto do direito administrativo global

A tendência moderna do tratamento da legalidade nessa visão mais amplificada e extensiva, com a positivação dos princípios que eram invocados apenas como fontes anteriormente e não lei em sentido estrito, impactou de forma exponencial a atuação discricionária administrativa. Portanto, ora a lei regula os atos da Administração em todos os seus elementos, ora deixa ao administrador um

---

<sup>20</sup> SILVA, Vasco Pereira da. Viagem pela Europa das Formas de Actuação Administrativa. *Revista Justiça Administrativa*, nº 58, julho/agosto 2006, Lisboa, p. 61.

campo de liberdade maior, já que na função administrativa surgem situações que, muitas vezes, não são previstas pelo legislador.

Calha à ocasião mencionar a norma delineada no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil ao contemplar que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do judiciário. A “soberania” da discricionariedade passou a ser questionada no âmbito judicial de forma mais ostensiva e analisada mais profundamente por vias alternativas como a moralidade administrativa.

Sabe-se que as vias alternativas de controle judicial da discricionariedade não passam apenas pelo princípio da moralidade, tendo como fontes principais a proporcionalidade, a razoabilidade que, no caso brasileiro, conquanto não estejam elevados à categoria constitucional de forma expressa como o primeiro, pelo menos em nível federal, tais princípios estão cobertos pelo manto da legalidade mediante a legislação ordinária, mais especificamente pela nova Lei do Processo Administrativo – Lei nº 9.784/99 – que estabeleceu normas básicas nessa matéria no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos particulares e ao melhor cumprimento dos fins da Administração, registrando, também, que seus preceitos se aplicam aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa.

Em seu artigo 2º define que a Administração Pública obedece aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, além de outros não especificados.

No parágrafo único desse dispositivo dispõe sobre critérios nos processos administrativos, dentre eles, atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Como corolário dessas normas legais pode-se inferir que a discricionariedade não é algo ilimitado. O que ocorre é um maior ou menor grau de liberdade atribuído ao executor do preceito legal, visão essa que foi se solidificando ao longo do desenvolvimento do Estado de Direito, mormente após os movimentos revolucionários fundados nos ideais de liberdade.

A tendência atual é de um direcionamento mais ajustado ao preceito legal do ato administrativo, sem tolher a atividade administrativa, mas sem deixá-la livre de controle por parte da sociedade, principalmente dos órgãos estatais destinados a essa tarefa.

Nesse sentido, o novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) português traz em seu bojo uma série de inovações que visam, sobretudo, disciplinar a atuação estatal em vários matizes da atividade administrativa.

Merece destaque, nesse momento, a contemplação dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, com ênfase neste último, ao dispor o item 2 do artigo 5º do referido Código sobre a adequação dos meios utilizados pela Administração em suas decisões com a proporção devida a atingir a consecução dos seus atos.

Nessa matéria, os autores do Código de Procedimento Administrativo Anotado português<sup>21</sup> discorrem com propriedade sobre o assunto, exaltando que ao submeter à Administração Pública ao princípio da proporcionalidade permite aos tribunais penetrar no âmago das decisões administrativas, imiscuindo-se na esfera dos critérios utilizados por ela, expressando-se sobre a correção nesta atuação, o que se revela de grande importância no domínio da discricionariedade.

Pois bem, detecta-se uma intenção clara do legislador em ampliar o controle dessa tarefa, mas, sobretudo, de permitir a análise por um órgão imparcial da correção dos atos administrativos.

---

<sup>21</sup> AMARAL, Diogo Freitas do et al. *Código de procedimento administrativo anotado*. 6. ed. Lisboa: Almedina, 2007, p. 42.

Em um Estado de Direito essa deve ser uma regra substancial para o desenvolvimento adequado de uma Administração Pública pautada pelos critérios de justiça, equidade, moralidade e legalidade.

Cabe salientar que historicamente nem sempre fluiu de maneira tranquila o controle dos atos administrativos pelo poder judiciário. A resistência surgiu inicialmente quanto ao próprio controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, ao redigir a introdução à edição brasileira da festejada obra de HANS KELSEN – *Jurisdição Constitucional* – faz uma abordagem interessante acerca do desenvolvimento do tema, registrando que *no continente europeu a revolução burguesa, que trouxe a Constituição, não trouxe consigo o controle de constitucionalidade, que nos Estados Unidos – não nos esqueçamos – foi construção pretoriana. Não seria correto atribuir essa omissão unicamente à influência da tradição francesa, sabidamente refratária ao poder dos juízes. Na Europa ocidental, o modelo processual autoritário associado à monarquia absoluta obrigava desde muito os juízes, em caso de dúvida sobre a inteligência da lei, a suspender o processo e encaminhar consulta, sobre essa questão, a um órgão superior, preferentemente de natureza antes política que judicial*<sup>22</sup>.

Contata-se, pois, que a intromissão do poder judicial nos aspectos de legalidade e constitucionalidade dos atos administrativos e legislativos é algo visto ao longo da história como uma questão extremamente delicada e, sob certa ótica, invasiva. A luta sempre foi no sentido da manutenção dos atos praticados sem um controle efetivo de um órgão basicamente técnico.

Como consequência desse pensamento, observa-se que a escolha dos juízes das instâncias superiores normalmente se faz por critério predominantemente político e não técnico somente. Esta, sem dúvida, é uma forma de controle prévio de uma atividade de alta relevância no contexto social moderno.

---

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

## 8 Conclusões

Algumas inferências importantes podem ser extraídas dessa análise.

O fenômeno da europeização do Direito Administrativo deve ser considerado de alta relevância para a noção de uma nova dimensão da legalidade administrativa, porquanto os princípios apregoados direcionam para um fortalecimento do Estado Democrático de Direito e acabam por exercer influência em sistemas jurídicos que foram construídos segundo o modelo Europeu numa clara convergência de normas em âmbito global.

Assim, a Administração Pública, não obstante suas especificidades, deixa de ter uma posição inflexível de supremacia sobre o particular, mas passa a se submeter a um controle mais efetivo pelo judiciário, seja mediante ramo especializado como ocorre em boa parte dos países europeus, seja pela justiça comum numa ótica mais ampla da juridicidade ao invés da legalidade estrita.

A positivação de princípios tem por escopo dotar os agentes públicos responsáveis pelo controle da Administração de instrumentos adequados para que o interesse da coletividade seja preservado sem o sacrifício excessivo dos direitos e garantias individuais.

Como corolário, há fortalecimento dos direitos fundamentais mediante o exercício pleno da jurisdição, sem que isso importe em supervalorização dos órgãos jurisdicionais, mas, ao contrário, impondo-lhes uma responsabilidade de escrever um capítulo inovador na história que certamente não ficará restrita apenas a algumas experiências de integração como a Europeia, mas contagiará outros continentes, influenciando vários ordenamentos jurídicos.

## Referências

AMARAL, Diogo Freitas do et al. *Código de procedimento administrativo anotado*. 6. ed. Lisboa: Almedina. 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAUPERS, João. *Introdução ao direito administrativo*, 9. ed. Lisboa. 2007.

ENTERRÍA, Eduardo García. *Revolución Francesa y administración contemporánea*. 4. ed. Thomson Civitas, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Neoconstitucionalismo(s): pasado y futuro del estado de derecho*. Coordenação de Miguel Carbonell. Madri: Editorial Trotta. 2003.

\_\_\_\_\_. *Garantismo* (una discusión sobre derecho y democracia). Traducción de Andrea Greppi. Madri: Editorial Trotta. 2006.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes. 2003.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Parte general. Buenos Aires: Depalma, 1982. t. I.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Lisboa: Almedina. 2003.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Doutor Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina. 1981.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 5. ed. Sintra: Publicações Europa-América. 2003.

SCHWARZE, Jürgen. *European Administrative Law*. Office Official Publications of The European Communities, Sweet and Maxwell. 1992.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado. *Direito administrativo geral*. 2. ed. Lisboa: Dom Quixote, 2006. t. I.

SILVA, Vasco Pereira da. *O contencioso administrativo no divã da psicanálise* (ensaios sobre as acções no novo procedimento administrativo). Lisboa: Almedina. 2005.

\_\_\_\_\_. *Para o contencioso administrativo dos particulares* (esboço de uma teoria subjectivista do recurso directo de anulação). Coimbra: Almedina, 1997.

\_\_\_\_\_. Viagem pela Europa das formas de actuação administrativa. *Revista Justiça Administrativa*, Lisboa, nº 58, julho/agosto 2006.

WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. *Direito administrativo*. Tradução de António Francisco de Sousa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. v. 1.