

Discricionariedade administrativa das autoridades reguladoras e aplicação das normas punitivas*

Administrative discretion of regulatory authorities and application of punitive rules

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Abstract: this article examines the politicization of economic decisions in the administrative law. Deals with flexibility in the administrative choices, with derivatives from the impossibility of law foresee all the aspects to be treated by the public administration. This fact comes from the existence of three apertures: undetermined law concepts; administrative discretion and regulation. Thus, arise the necessity of open decision-making process to actuate as limits.

Key-words: undetermined law concepts – administrative discretion – regulation – limits – application of punitive rules

Introdução

Esta comunicação, no contexto de um seminário proposto sobre modelos regulatórios punitivos, se desenvolverá em três partes:

1^a – a discricionariedade administrativa estudada no contexto da teoria da escolha administrativa;

2^a – a regulação como função administrativa complexa que se legitima pelos resultados, e

3^a – os limites à aplicação de normas punitivas no exercício da função regulatória.

1^a parte: A discricionariedade administrativa como técnica de juridicização da escolha administrativa

1. As escolhas administrativas como espécie do gênero das escolhas públicas

Em termos de direção das sociedades organizadas, as ciências sociais se repartem, de um lado, entre a preocupação com as soluções, ou seja, com a sistematização das escolhas públicas, e, de outro lado, a preocupação com as indagações, ou seja, com a especulação sobre as possibilidades teóricas de aperfeiçoamento dessas escolhas.¹

Passo importante na teoria das escolhas públicas ocorreu a partir da observação da paulatina politização das decisões econômicas, desenvolvida por James Buchanan,² mas, a partir dessa abertura, ampliou-se e aprofundou-se esse estudo nos demais campos das ciências sociais, inclusive no direito.

Ainda que no direito público, em geral, as especulações sobre tais escolhas tenham amplo uso, concentra-se no direito constitucional e no direito administrativo a sua mais intensa e fértil aplicação, como, com relação a este último, se propõe examinar esta comunicação.

2. Uma breve resenha dos fundamentos da teoria da escolha administrativa

No direito administrativo, pode-se rastrear a origem da variação histórica da juridicização de escolhas administrativas desde a primitiva concepção francesa, adstrita às premissas positivas do primado da legislação e da exclusividade da lei, até chegar à atual concepção, do primado da Constituição e da pluralidade de fontes normativas. Esta variação aponta para a paralela evolução da premissa de que o direito não se esgota na letra da lei, nem com ela termina, senão que nela tem o ponto de partida de sua aplicação.

Outra variação histórica a considerar, esta mais recente, referencia a atividade administrativa e, por isso, todo o direito administrativo, a resultados, notadamente apreciados sob o critério de legitimidade, uma vez que a segurança jurídica não é obtida exclusivamente pelo emprego da técnica estática da positivação, mas combinada com a técnica dinâmica introduzida pelo binômio argumentação-motivação.

Assim, a segurança jurídica, enquanto valor constitucional a ser alcançado,³ não mais resta limitada à certeza formal quanto à norma legal aplicável, mas também exige a certeza material quanto à adequação aplicativa da norma aos fatos.

3. A evolução das escolhas administrativas e suas três aberturas: um percurso da exclusiva vinculação à lei à plena vinculação ao direito

A estrita vinculação à lei da ação administrativa pública, como ideal de um direito administrativo apenas em sua origem, revolucionária e napoleônica, cedeu a sucessivas flexibilizações das escolhas administrativas nos dois séculos subsequentes.

A razão dessas ampliações de alternativas de opção executiva na atividade gerencial dos interesses públicos decorreu necessariamente da sempre crescente "impossibilidade da lei alcançar todos os aspectos a serem ordenados pela Administração Pública".⁴

Esquemáticamente, foram três as principais aberturas ocorridas no campo do direito administrativo: 1ª – a proporcionada pela aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados; 2ª – a proporcionada pela discricionariedade administrativa, e 3ª – a proporcionada pela regulação.

3.1. A primeira abertura adveio da constante reiteração do recurso do legislador ao emprego de conceitos jurídicos indeterminados na legislação administrativa, tal já como se praticava de longa data no direito civil para conferir ao administrador público o encargo da verificação casuística da existência de pressupostos para a sua ação, em razão da impossibilidade de se prever a extensa gama de circunstâncias necessárias para que se os caracterizassem com o desejado grau de certeza jurídica.

Pelo emprego desses conceitos jurídicos indeterminados, abriam-se, portanto, duas alternativas de escolha: uma, negativa, e outra, positiva, mas só podendo existir, em razão de mútua excludência lógica, uma opção essencialmente válida.

Todavia, como quase sempre permeia uma zona limítrofe entre o juízo positivo e o negativo, tornou-se necessário um adminículo doutrinário para incrementar a precisão aplicativa da norma, o que viria com a doutrina de Bernatzik, ainda em 1886, em que se ressalta a importância de sua

clássica contribuição à processualização das decisões administrativas, descrita em preciso comentário de Sérgio Guerra na seguinte passagem: "...certos conceitos constantes das leis só podem ser afirmados ou negados depois de um complexo processo interpretativo em cadeia".⁵

Como se observa, a exigência da processualização da decisão administrativa, destacando a necessidade de sua motivação legitimatória fundada no resultado pretendido, já era considerada essencial no final do século XIX, suscitada pela necessidade de afastar o arbítrio das decisões administrativas quando fundadas em conceitos jurídicos indeterminados.⁶

Portanto, pode-se sumarizar o progresso alcançado com esta abertura:

1º – a legitimidade da aplicação das leis não se esgota em uma automática aplicação da legalidade, positivada, mas se integra com a elaboração argumentativa que a justifique; e

2º – com o caveat introduzido por Bernatzik, abre-se o caminho para a proposta de Häberle, de democratização da aplicação direito por uma sociedade aberta de intérpretes.⁷

3.2. A segunda abertura seguiu-se a um longo trabalho doutrinário de construção do instituto da discricionariedade administrativa para multiplicar as opções administrativas legais de uma escolha pública executiva.

A justificação do que poderia aparecer como uma exceção ao princípio da legalidade partiu da ideia, concebida por Otto Mayer, de que a discricionariedade administrativa não seria uma implícita delegação do legislativo ao Executivo para tomar decisões consideradas como reservas de lei, mas a criação de uma vinculação negativa à lei, ou seja: a criação pelo legislativo de um espaço de atuação gerencial com isenção do vínculo legal,⁸ deslegalizando, desse modo, a escolha administrativa.⁹

Assim é que, para o clássico mestre alemão, o emprego da discricionariedade pela administração haveria de ser considerado como o exercício de um poder do Estado, ou seja, com todas as características de um ato de império, e, nesta condição, imune a qualquer apreciação judicial de sua legalidade.

Eis por que se explica, desde então, ter sido a discricionariedade considerada não como uma faculdade, mas como um poder, conceito este que só foi cedendo aos poucos, no trânsito do século XIX a meados do século XX, pela admissão doutrinária de dois condicionantes jurídicos de seu emprego sob os critérios de conveniência e de oportunidade, para que, então, se passasse a entendê-la como uma atividade sujeita ao direito, de resto, como qualquer outra função constitucional.

Assim é que, conveniência e oportunidade tornaram-se parâmetros não positivos tanto para orientar como para limitar o seu emprego,¹⁰ com a implícita aceitação da tese da integração da vontade da lei pelo administrador público, com a adequada escolha desses elementos complementares para a sua legitimidade aplicativa.

Em suma, a legitimidade da aplicação dessas normas, que transferem ao administrador a realização de múltiplas escolhas de oportunidade e de conveniência de seu emprego, só seria

alcançada pelo correto emprego da discricionariedade.¹¹

A importância da formulação desses parâmetros não positivos com força legitimatória para validar a tomada de decisões administrativas foi ter introduzido uma importante cunha de juridicidade na tradição positivista, de inclinação absolutista, que predominava no direito administrativo, preparando-o para a transição, que logo se seguiria, a partir da segunda metade do século passado, para a sua expressão pós-moderna.

3.3. A terceira abertura, a da regulação, adveio com a ampliação das possibilidades de escolha pela administração da modalidade de função mais adequada para atuar em cada circunstância, bem como com a ampliação da participação democrática dos administrados na atuação gerencial pública.

A adoção da via da multifuncionalidade participativa na administração pública, com a integração de funções normativas, executivas e parajudiciais no mesmo órgão administrativo, flexibilizou as opções operativas postas à disposição da administração, ao mesmo tempo que expandiu os canais de diálogo construtivo entre o poder público e os setores interessados, reduzindo o tempo de tomada de decisão, bem como o de suas retificações.

Todavia, essas funções, para serem válidas, distintamente do que ocorria com as funções clássicas cometidas ao legislativo e ao Executivo, deveriam se manifestar por escolhas tecnicamente justificadas, portanto neutras em relação aos interesses e injunções político-partidários, de modo a possibilitar soluções para problemas cuja complexidade, tecnicidade, mutabilidade e necessidade de participação dos administrados já não seriam superados com uma opção política, nem, tampouco, com o mero emprego da discricionariedade.

Com efeito, a busca da eficiência, como novo paradigma jurídico da ação administrativa pública, exigia outras respostas funcionais que aquelas possibilitadas apenas pelo emprego da discricionariedade administrativa, uma vez que esta estaria sempre adstrita à previsão de leis específicas, cuja elaboração a cargo dos corpos legislativos vai-se tornando cada vez mais lenta e problemática, como se tem constatado desde o início do século XX.

Assim, a regulação, como técnica jurídica de administração, sem retirar nem reduzir a função legislativa afeta aos parlamentares, senão que a reservando para as grandes diretrizes políticas, apenas delegou ao administrador o ônus de sua constante adaptação às circunstâncias cambiantes dos setores sensíveis da vida econômica e social. Portanto, como já havia previsto Georges Langrod¹² no início de século passado, os parlamentos perdiam cada vez mais a exclusividade das leis para ficarem com a exclusividade da política legislativa.

Desse modo, a técnica jusadministrativa da regulação veio a introduzir não mais que uma extensão multifuncional da discricionariedade, ao ampliar o espectro de escolhas administrativas para possibilitar a constante manutenção do "estado de equilíbrio e regularidade de um subsistema (o regulatório), mediante regras, em sua maioria, elaboradas com alto grau de tecnicidade e complexidade"¹³ e – aditando-se, com a devida vênia do autor da citação – também por sua crescente importância juspolítica no Estado contemporâneo, em razão das aberturas de participação democrática possibilitadas.

2ª parte: A regulação como função complexa legitimada pelos resultados

1. A regulação como função complexa e a sua legitimação

Com a regulação, a discricionariedade, antes praticada no âmbito operativo da prática de atos, logo se expandiria para uma discricionariedade no âmbito operativo do manejo de processos, tornando-se uma exitosa resposta multifuncional aos cada vez mais graves desafios postos pela crescente complexidade, tecnicidade, mutabilidade e aceitabilidade social contemporânea, tudo com vistas a possibilitar a tomada de decisão mais adequada para os problemas gerenciais enfrentados pela administração pública, tanto a estatal quanto a extraestatal, o que vale dizer: para implementar soluções que incrementem a eficiência das escolhas públicas com vistas à realização da boa administração.

Assim, a legitimidade da aplicação da lei que se obtém pela técnica da regulação deve ser alcançada através de processos decisórios abertos, de modo a integrar da maneira mais eficiente possível a vontade do legislador pelo emprego de uma flexibilidade operativa multifuncional, que compreende tanto decisões com conteúdo de normatividade secundária, quanto decisões com conteúdo de execução e de decisões com conteúdo parajudicial, dirimentes de conflitos.

Assim se justifica a tríplice valência jurídica funcional inovada com o instituto da regulação, que veio complementar o quadro atual das aberturas administrativas de escolhas públicas juridicamente disponíveis.

2. Uma aplicação da técnica regulatória apreciada na sucessão das aberturas históricas de escolha administrativa

Como se pode observar, as três técnicas interpretativas e aplicativas apresentadas não se excluem, senão que permanecem todas válidas e coexistentes, embora o desenvolvimento de cada uma delas tenha obedecido a distintas valorações ético-jurídicas históricas da ação do Estado.

Nessa sucessividade de aberturas, a atividade regulatória se apresenta como a mais rica integração funcional de alternativas de escolhas gerenciais, pois que se beneficia de todas as possibilidades teóricas aportadas nas diferentes épocas da evolução do direito administrativo. Vale particularmente observar que as três fases esquematicamente examinadas de abertura decisional da administração pública corresponderam a três distintas visões históricas do Estado e do direito.

Assim, a primeira abertura espelhava o conceito do primado da lei – o diktat unilateral do Estado; a segunda abertura, o primado do interesse público – a ampliação do grande debate sobre os fins do Estado; e a terceira abertura, o primado dos direitos humanos – entronizados como síntese contemporânea dos fins do Estado.

Com efeito, como o papel dos direitos humanos no constitucionalismo contemporâneo evoluiu de limites à ação do Estado para se tornar finalidades da ação do Estado,¹⁴ eles se tornaram, indisputadamente, o norte da ação político-administrativa dos Estados constitucionais democráticos de direito, impondo-lhes, em consequência, as missões de, sucessivamente, declará-los, garanti-los e realizá-los, pelo que há de se concluir que o critério último de legitimação de sua atuação não é outro que o próprio resultado das ações públicas que efetivamente atendam a essa suprema orientação.¹⁵

3ª parte: Limites à aplicação de normas punitivas na função regulatória

1. Aplicação de normas punitivas na regulação

Examinem-se algumas generalidades quanto à aplicação de normas punitivas do ponto de vista do direito administrativo sancionador, agora no contexto da teoria exposta da ampliação das escolhas públicas administrativas. Genericamente considerada, esta apreciação se estende às três fases estudadas, embora com distintos alcances em cada uma delas.

Na primeira fase, que se apresentou como restrita a uma opção dual, tal como caracteriza a abertura proporcionada pelos conceitos jurídicos indeterminados, haveria uma mera limitação lógica para a aplicação punitiva, de vez que esta somente seria válida uma vez configurada, processual e justificadamente, a hipótese positiva do conceito jurídico indeterminado clausulado pelo legislador.

Na segunda fase, a das opções múltiplas abertas pela discricionariedade administrativa, o seu emprego se apresentaria válido em duas hipóteses de aplicação punitiva:

1ª – se o legislador abriu na norma legal um espaço discricionário para a dosagem da pena entre parâmetros legais, portanto, jamais permitindo ao administrador estipulá-la arbitrariamente; e

2ª – se o legislador abriu na norma legal um espaço discricionário para a aplicação de penas cautelares ou acessórias por ele próprio predefinidas; portanto, jamais se permitindo ao administrador tanto criá-las, quanto alterar as que forem definidas por lei.

Na terceira fase, já quanto às opções sancionadoras regulatórias, justamente porque nesta hipótese abre-se o exercício de uma normatividade secundária para a administração, destinada à produção administrativa da norma reguladora, impõe-se, com maior razão, que a aplicação punitiva de qualquer natureza ou alcance só seja válida em estrita conformidade com a reserva de previsão legal.

Como se observa, desenha-se uma razão inversa entre, de um lado, as aberturas estudadas para as escolhas administrativas e, de outro, as interpretações punitivas: quanto mais abertas para o administrador as decisões de escolha administrativa, mais limitados os espaços das decisões que inflijam punição administrativa.

Com efeito, o princípio fundamental da proteção do ser humano, que inclui a custódia de sua liberdade, integridade, dignidade e a proteção de seus bens, quando se trata de uma atividade sancionadora, se estende e se expande protetoramente de modo a proscrever todas as possibilidades de exercício de arbítrio que possa atingi-lo.

2. As definições principiológicas de limites à aplicação de normas punitivas na regulação

O repúdio ao arbítrio se torna mais exigente, como se expôs, proporcionalmente aos graus de abertura da escolha pública administrativa. Daí, na regulação, a aplicação de normas punitivas se apresentar severamente limitada sob uma estrita principiologia, que, no direito pós-moderno, se encontra constitucionalmente sufragada, como no caso brasileiro, destacando-se a aplicação limitativa e condicionante dos seguintes princípios, em lista não taxativa.

- 1º Princípio da legalidade – que exige a obrigatória previsão legal, tanto do ilícito, quanto da pena.
- 2º Princípio da processualidade – que exige o devido processo legal,¹⁶ considerado, ao mesmo tempo, uma garantia formal e uma garantia material, como espécie de interdição geral à arbitrariedade,¹⁷ na expressão de Fábio Medina Osório.
- 3º Princípio da tipicidade – embora respeitadas as distinções entre o direito penal e o direito administrativo sancionador, também neste ramo é elementar a observância deste princípio, porque a possibilidade de uma outorga amplamente aberta pelo legislador, para que o administrador criasse um tipo punível a seu talante, estaria não apenas esvaziando o próprio princípio fundamental da legalidade, com isso validando o arbítrio, como desprezando o princípio político da separação de poderes, pois, no caso, ter-se-ia que a mesma autoridade tipificaria o delito e lhe aplicaria a punição.¹⁸
- 4º Princípio do non bis in idem – encontra-se já sumulado com referência à infração funcional, mas, com mais razão, é compreensivo de quaisquer das demais modalidades de infrações administrativas, pois como reza a ementa: “É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira”.¹⁹
- 5º Princípio da pessoalidade – a regra constitucional é bem clara a respeito, ao dispor que nenhuma pena passará do condenado, subtendendo-se, assim, em qualquer tipo de processo em que se atinja a dignidade da pessoa humana, protegida pelo art. 1o, III da Constituição.²⁰
- 6º Princípio da individualização da sanção – também, com meridiana clareza na Carta e pelo mesmo motivo, que é a proteção à dignidade humana, se expressa o dever indeclinável de ser apenas o legislador a regular a individualização da pena, como uma reserva legal explícita, não cabendo, portanto, à administração fazê-lo, sob nenhuma hipótese, por mero exercício de arbítrio.²¹
- Observa-se, ainda, com Fábio Medina Osório, que “essa individualização se aplica às pessoas jurídicas por serem igualmente dotadas de peculiaridades relevantes, na perspectiva de assegurar sanções proporcionais”.²²
- 7º Princípio da culpabilidade – se a responsabilização civil objetiva pode ser legalizada como uma explícita exceção, diferentemente, a responsabilização punitiva objetiva não tem cabimento nos sistemas jurídicos que se pautem pelos princípios constitucionais da pessoalidade e da individuação das penas.²³
- 8º Princípio da presunção de inocência – mais adequadamente, a referência humanística do princípio é ao status libertatis, inerente às pessoas, daí a menção mais precisa, que se inova, a um estado jurídico de inocência, que, não obstante, como presunção que é, poderá ceder diante de qualquer prova, ainda que indiciária, capaz de invertê-la.²⁴
- 9º Princípio do contraditório e da ampla defesa – igualmente, na Constituição, com uma explícita referência aos processos administrativos de qualquer natureza, ainda que sejam processos

privados, estes princípios gêmeos abrangem, em qualquer hipótese e sem exceção, a abertura do contraditório e o franqueamento da ampla defesa processual.²⁵

10o Princípio da motivação – desde logo, implícito no próprio conceito de cidadania, há um direito geral de acesso à informação,²⁶ que se torna mandamentalmente específico se estiver em causa alguma informação que seja juridicamente devida pelo poder público,²⁷ como será sempre a hipótese de aplicação de penas pelo Estado.

Além disso, se todo e qualquer ato do poder público deve estar justificado perante a ordem jurídica, resta claro que ato que imponha punição, não importa de que espécie, a fortiori, o deverá, para que se torne possível, a quem for “acusado em geral”, valer-se do contraditório e da ampla defesa. Para Fábio Medina Osório: “No Direito Administrativo Sancionador, a motivação assume especial e transcendental relevância, visto que, aqui, o ato administrativo priva alguém de seus direitos, restringe liberdades, limita movimentos. É fundamental que esses atos sejam devidamente motivados, sob pena de configurar-se a intolerável arbitrariedade”.²⁸

Conclusão

A temática da “interconexão orgânica e finalística dos direitos fundamentais”, que hoje se encontra em destaque nos debates do direito, já não mais contida ou condicionada pelo direito constitucional dos Estados, por se encontrarem, na expressão dos juristas franceses, mundializados, suscita um debate revisitado e aprofundado do papel da sistematicidade, pois que esta “permite um conhecimento, interpretação e consequente aplicação do direito, fundada em critérios precisos e rigorosos, antes que no arbítrio ou na sorte”.²⁹

A breve comunicação, que aqui se conclui, procurou ater-se a essa moderna orientação, buscando referenciar o enfoque solicitado, sobre o tema da discricionariedade administrativa das autoridades reguladoras e aplicação das normas punitivas, às múltiplas interconexões dos direitos fundamentais, que vastamente a informam sob todos os seus aspectos. É sempre a poderosa inspiração que, como síntese dos progressos aqui consignados, foi milenarmente assinalada por Cícero na máxima: “*salus populi suprema Lex esto*”.³⁰ Teresópolis, inverno de 2010.

Referências

CICERO. De legibus. livro III, parte III, subitem VII.

ENTERRÍA, Eduardo García de. Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial. Madrid: Tecnos, 1970.

____; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo. 10. ed. Madrid: Civitas, 2001. t. I.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e denominação 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GUERRA, Sérgio. Discricionariedade e reflexividade. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição:

contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

LANGROD, Georges. O processo legislativo na Europa Ocidental. Rio de Janeiro: Editora FGV/Instituto de Direito Público e Ciência Política, 1954.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

____. Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno – legitimidade. Finalidade. Eficiência. Resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Los derechos fundamentales. 8. impr., reimpr. Madrid: Tecnos, 2005.

____. Nuevos retos del Estado constitucional: valores, derechos, garantías. Madrid: Universidade de Alcalá, 2010. (Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, no 2)

SILVA, Almiro do Couto e. Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. Revista de Direito Público, Rio de Janeiro, n. 84, p. 50-67, out./dez. 1987. (também em Revista da Procuradoria Geral do Estado, Porto Alegre, v. 18, n. 46, p. 11-29, 1988.)

* Comunicação apresentada no Seminário Internacional sobre Modelos Regulatórios Punitivos, realizado pelo Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado (IIEDE), em Porto Alegre (RS), em 30 de julho de 2010.

1 Para aprofundamento dos conceitos de dogmática (soluções) e de zetética (indagações), consulte-se: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e denominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 39 e 40.

2 James McGill Buchanan Jr. recebeu o prêmio Nobel de economia de 1986 pelos estudos desenvolvidos sobre a escolha pública, notadamente em suas duas obras seminais: *The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy*, 1962 (*O cálculo do consenso: o fundamento lógico da democracia constitucional*), em parceria com Gordon Tullock, e *The limits of liberty: between anarchy and leviathan*, 1975 (*Os limites da liberdade: entre a anarquia e o Leviatã*).

3 Almiro do Couto e Silva demonstrou, pioneiramente no Brasil, tratar-se de um princípio constitucional implícito, em artigo publicado sob o título "Os princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo" (*Revista de Direito Público*, Rio de Janeiro, n. 84, p. 50-67, out./dez. 1987, e *Revista da Procuradoria Geral do*

Estado, Porto Alegre, v. 18, n. 46, p. 11-29, 1988), ele próprio esclarecendo posteriormente que “a aplicação do princípio da segurança jurídica (...) ali tratada, nesse contexto, pela primeira vez entre nós, como princípio constitucional”. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do Processo Administrativo da União (lei nº 9.784/99). REDE – *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 2, abr./maio/jun. 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/REDE-2-ABRIL-2005>. Acesso em: 19 jun. 2010.

⁴ É de Sérgio Guerra, que tem sobre a teoria das escolhas administrativas a obra mais recente e completa, a expressão acima recolhida em *Discricionariedade e reflexividade*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 49. E examina mais detidamente “A impossibilidade do esgotamento de todas as hipóteses a serem objeto de ordenação executiva pela lei” nas páginas seguintes, 51 a 54.

⁵ A obra de Bernatzik, em que se pretendia unificar uma decisão puramente voluntarista com uma vinculação ao interesse público a ser atendido – e, para tanto, declinado pelo administrador (*Die juristische Persönlichkeiten Behörden, Zugleich ein Beitrag zur Theorie der juristischen Personen* Freiburg, 1890. p. 25 e ss.) –, vem destacada por Sérgio Guerra (op. cit., p. 54) aludindo à monografia de Antonio Francisco de Souza. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 34.

⁶ Assim comenta Sérgio Guerra a concepção de Bernatzik, na obra publicada em 1886 sob o título *Rechtsprechung um materielle Rechtskraft*, que rompe a doutrina tradicional germânica, constatando que esses conceitos indeterminados contidos na lei, como, *exempli gratia*: “utilidade”, “perigo”, “adequação” etc., deveriam passar por um “complexo processo interpretativo em cadeia”, portanto, repudiando a aplicação do direito por um puro silogismo jurídico subsuntivo (op. cit., p. 54).

⁷ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. p. 13 e ss.

⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón *Curso de derecho administrativo*. 10. ed. Madrid: Civitas, 2001. t. I, p. 436 e ss.

⁹ A *deslegalização* viria a ser pioneiramente estudada por Eduardo García de Enterría em sua obra clássica, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial* (Madrid: Tecnos, 1970, p. 168 e ss.)

¹⁰ GUERRA, Sérgio, op. cit., p. 66.

¹¹ Como sustentado por mim na obra *Legitimidade e discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, com 4ª edição em 2001.

¹² LANGROD, Georges. *O processo legislativo na Europa Ocidental*. Rio de Janeiro: FGV/Instituto de Direito Público e Ciência Política, 1954.

[13](#) GUERRA, Sérgio, op. cit., p. 114.

[14](#) PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. impr., reimpr. Madrid: Tecnos, 2005. p. 21.

[15](#) Como sustentado por mim na obra: *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno – legitimidade. Finalidade. Eficiência. Resultados*. Belo Horizonte. Fórum, 2008. p. 123 e ss.

[16](#) “Art. 5º, LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. CRFB.

[17](#) Cf. a consagrada obra de Fábio Medina Osório, *Direito administrativo sancionador* (3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 161-163), como o mais completo expositor do tema no Brasil.

[18](#) Ibid., p. 208-209.

[19](#) Súmula 19/STF.

[20](#) “Art. 5º, XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado.” CRFB.

[21](#) “Art. 5º, XLVI – a lei regulará a individualização da pena...” CRFB.

[22](#) OSÓRIO, op. cit., p. 373-374.

[23](#) “Percebe-se, na Carta Constitucional de 1988, os princípios de pessoalidade e da individualização da pena, ambos inscritos como direitos fundamentais da pessoa humana, disso derivando, por evidente, vedação absoluta a qualquer pretensão estatal de responsabilidade penal objetiva e também responsabilidade que atinge direitos fundamentais da pessoa humana, ou seja, outras modalidades de atividades sancionadoras” (...) “Nesse sentido, culpabilidade é um princípio amplamente limitador do poder punitivo estatal, aparecendo como exigência de responsabilidade subjetiva”. Ibid., p. 355-356.

[24](#) Ibid., p. 392.

[25](#) “Art. 5º, LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” CRFB.

[26](#) “Art. 5º, XVI – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.” CRFB.

[27](#) “Art. 5º – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral (...)” CRFB.

[28](#) Ibid., p. 419-420 (n/ destaque).

[29](#) PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Nuevos retos del Estado constitucional: valores, derechos,*

garantías. Madrid: Universidade de Alcalá, 2010. (Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, no 2)

30 CICERO. De legibus. livro III, parte III, subitem VII.