



Rafael Carvalho Rezende Oliveira

**O PRINCÍPIO JURIDICIDADE: Uma
releitura da legalidade e da
legitimidade administrativa**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador:

Prof. Francisco Mauro Dias

Rio de Janeiro
Março de 2007



Rafael Carvalho Rezende Oliveira

**O PRINCÍPIO JURIDICIDADE: Uma
releitura da legalidade e da
legitimidade administrativa**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre pelo Programa
de Pós-graduação em Direito do Departamento
de Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão
Examinadora abaixo assinada.

Prof. Francisco Mauro Dias

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. José Ribas Vieira

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Marcos Juruena Villela Souto

Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUPERJ

Prof. João Pontes Nogueira

Vice-Decano de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 21 de março de 2007.



Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

Ficha catalográfica

Oliveira, Rafael Carvalho Rezende.

O PRINCÍPIO JURIDICIDADE: Uma releitura da legalidade e da legitimidade administrativa / Rafael Carvalho Rezende Oliveira; orientador: Francisco Mauro Dias. – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2007.

1 v., 145 f.: il. ; 29 cm

1. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito.

Inclui referências bibliográficas.

1. Direito – Teses. 2. Direito Administrativo e Constitucional. 3. Constitucionalização do Direito Administrativo. 4. releitura dos princípios da legalidade e da legitimidade administrativas. 5. princípio da juridicidade. I. Dias, Francisco Mauro. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Para meu pai, Celso, meu grande espelho, meu ídolo.

Para minha mãe, Cleo, exemplo de vida, com meu amor incondicional.

Para minha irmã, Renata, amiga de ontem, hoje e de sempre.

Para Karina Oliveira, sobrinha encantadora, semente de alegria.

Para minha avó, Yolanda, e meu avô, Maciel, *in memoriam*, meus mestres.

Agradecimentos

Agradecer a finalização desse trabalho é uma tarefa complexa, mas imprescindível. A dificuldade reside no fato de que a dissertação representa não um trabalho dos últimos dois anos, como poderia parecer ao olhar apressado. Trata-se, ao contrário, da realização do projeto de uma vida, em que diversas pessoas, de alguma forma e em intensidades diferentes, tiveram a sua parcela de contribuição. Com as escusas àqueles que porventura forem esquecidos neste momento, devo tecer agradecimentos aos grandes colaboradores desta longa jornada.

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais queridos, Celso Rezende Oliveira e Cleonice Carvalho Rezende Oliveira (Dúria), sempre fundamentais em todas as etapas da minha vida e meus grandes educadores.

Foi fundamental, ainda, o apoio de Roberta Pasquier, companheira que me apoiou na gestação desse trabalho.

Sou eternamente grato ao meu orientador prof. Dr. Francisco Mauro Dias, exemplo de dedicação acadêmica, especialmente pelas lições esmeradas nesses últimos anos que me permitiram evoluir na vida pessoal e profissional.

Ao prof. Dr. José Ribas Vieira por acreditar em seus alunos e por incentivá-los à produção acadêmica.

Um agradecimento especial ao prof. Dr. Marcos Juruena Villela Souto, mestre de uma geração, não só pelas lições inesquecíveis proferidas na minha estada na Universidade Gama Filho, mas, especialmente, pelo incentivo e apoio na minha vida acadêmica.

Não posso deixar de externar a minha gratidão à instituição da qual tenho o orgulho de fazer parte, a Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro, nas pessoas do Procurador Geral, Dr. Julio Rebello Horta, e do Procurador Diretor do Centro de Estudos, Dr. Arlindo Daibert Neto. Um registro também merecido ao amigo dos tempos da graduação e, agora, de trabalho, Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha, bem como às Dras. Vanice Lírio do Valle e Arícia Fernandes Correia, pela interlocução sempre profícua. O apoio da Casa é sempre fundamental para o aprimoramento acadêmico dos Procuradores.

Ao meu grande irmão, afilhado e jurista, Dr. Gustavo da Rocha Schmidt, pelo simples (mas fundamental) fato de ser meu amigo de todas as horas. A amizade é um bem inestimável.

Por fim, agradeço aos meus colegas de mestrado, especialmente aos meus amigos Enzo Bello e Daniel Brantes, grandes parceiros dessa etapa de sacrifícios, bem como ao pessoal do Departamento da Pós-Graduação da PUC, especialmente ao Anderson e a Carmen.

RESUMO

Oliveira, Rafael Carvalho Rezendo; Dias, Francisco Mauro (orientador). **O PRINCÍPIO JURIDICIDADE: Uma releitura da legalidade e da legitimidade administrativa.** Rio de Janeiro, 2007. 145p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

A presente dissertação tem por objetivo analisar o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo e a conseqüente releitura de dois princípios basilares deste ramo do direito: os princípios da legalidade e da legitimidade administrativas. Após algumas considerações introdutórias e a apresentação do tema no capítulo I, o trabalho analisará, no capítulo II, o nascimento e a evolução do Direito Administrativo, com o intuito de demonstrar que a concepção clássica deste ramo do Direito deve passar por uma leitura constitucional, em tempos de constitucionalização do ordenamento jurídico. No capítulo III, o enfoque será o estudo do princípio da legalidade e a sua evolução ao longo dos tempos. A concepção liberal deste princípio, consagrado no Estado Liberal de Direito, entra em crise. A lei deixa de ocupar o papel de protagonista do ordenamento jurídico para dar lugar à Constituição. O desprestígio do Parlamento, bem como a celeridade e complexidade da vida moderna, acabam por gerar a ampliação do poder normativo das entidades administrativas localizadas fora do Poder Legislativo. Com isso, institutos como a deslegalização e a reserva da administração, bem como a figura do regulamento autônomo, ganham destaque no debate jurídico atual. Ao invés do respeito apenas à lei formal, a atuação administrativa deve adequar-se ao ordenamento jurídico como um todo, o que acarreta a consagração do princípio da juridicidade. Em seguida, no capítulo IV, o estudo tecerá considerações sobre as concepções clássicas de legitimidade e demonstrará a necessidade de se reforçar a legitimidade democrática da Administração Pública através de instrumentos efetivos de participação do cidadão na tomada de decisões e elaboração de normas administrativas. O capítulo V, por sua vez, demonstrará que a releitura dos princípios da legalidade e da legitimidade administrativas pode ser verificada, com mais exatidão, na formatação das agências reguladoras. A discussão em relação à constitucionalidade do modelo regulatório adotado pelo ordenamento jurídico

pátrio passa necessariamente pela compatibilidade com os princípios em comento. Por fim, no capítulo VI, a título de conclusão, o trabalho apontará a importância do princípio da juridicidade no âmbito do estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE:

Direito Administrativo e Constitucional, Constitucionalização do Direito Administrativo, releitura dos princípios da legalidade e da legitimidade administrativas, princípio da juridicidade

ABSTRACT

Oliveira, Rafael Carvalho Rezendo; Dias, Francisco Mauro (orientador). **THE “PRINCIPLE OF JURISDICTICITY”: A Reformulation Of The Administrative Legality And Legitimacy Principles.** Rio de Janeiro, 2007. 145p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The main goal of this dissertation is to analyze the phenomena of constitutionalization in Administrative law and the resulting reconsideration of two basic pillars underpinning this field of Law: the principles of legality and of administrative legitimacy. After some introductory considerations followed by the presentation of the main theme in the first Chapter, the author will review, in the second Chapter, the emergence and evolution of Administrative Law in order to demonstrate that, in view of the current constitutionalization of the legal system, the constitutional perspective should be added to the classic conception of Administrative Law. The third Chapter will focus on the study of the legality principle and how it evolved through times. The liberal view of this principle, the cornerstone of the Liberal Rule of Law, comes to a crisis. The Law becomes less and less the leading agent of the legal order while this role is assigned to the Constitution. The decreasing prestige of Parliament as well as the complexity and the ever-faster pace of modern life end up extending the normative power to administrative entities found outside the realm of the Legislative Branch. Therefore, institutes such as the de-legalization and the “administrative reserve”, as well as the institute of “autonomous regulation”, gain prominence in the current public debate. Instead of owing respect only to the formal Law, the administrative arena should also adjust itself to the legal order as a whole, which means that the “principle of jurisdiction” becomes paramount. Subsequently, in the fourth Chapter, the study will discuss the classic conceptions of legality and will demonstrate the need to reinforce the democratic legitimacy in Public Administration by means of effective instruments allowing citizens to be part of the decision-making process and of the development of administrative norms. The fifth chapter, in turn, will demonstrate how the re-consideration of the principles of legality and administrative legitimacy can be more accurately verified in the way regulatory agencies were formatted. Any discussion on the constitutionality

of the regulatory model adopted by the legal order in Brazil necessarily includes compatibility with the principles under discussion. The sixth chapter will conclude the study pointing out the importance of the “principle of jurisdiction” under the Democratic Rule of Law.

KEY-WORDS

Administrative and Constitutional Law, Administrative Law Constitutionalization, reformulation of the administrative legality and legitimacy principles, “principle of jurisdiction”

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
2. TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO	15
2.1. Evolução do Estado, surgimento do Direito Administrativo e a consagração do Estado Democrático de Direito	15
2.2. Neoconstitucionalismo, princípios constitucionais e a superação do positivismo jurídico	25
2.3. A constitucionalização do Direito Administrativo: “crise” do Direito Administrativo liberal e tendências atuais	33
3. RELEITURA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: ASCENSÃO DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE	42
3.1. Da superioridade do princípio da legalidade ao equilíbrio das funções Estatais	42
3.2. A crise da concepção liberal do princípio da legalidade administrativa: causas e conseqüências	45
3.3. Concepções do princípio da legalidade	48
3.4. Poder normativo da Administração Pública (e órgãos não legislativos) e a classificação dos regulamentos	53
3.5. Visão crítica da dicotomia “regulamento autônomo” e “regulamento executivo”: a atuação criativa do executivo e a idéia de “bloco de legalidade”	65
3.6. Reserva de administração	67
3.7. Deslegalização	71
3.8. Concepção atual e alargada do princípio da legalidade administrativa: o princípio da juridicidade	73
4. LEGITIMIDADE REFORÇADA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	85
4.1. Legalidade e legitimidade: teorias sobre a legitimidade do Direito	85
4.2. O princípio da participação administrativa: por uma legitimidade reforçada da Administração Pública	91

5. AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE	102
5.1. Origem e evolução das agências reguladoras nos EUA	103
5.1.1. O Direito Administrativo norte-americano: nascimento das agências reguladoras	103
5.1.2. New Deal e o boom das agências reguladoras	105
5.1.3. Críticas e desconfiças em relação às agências reguladoras: reforço do controle judicial, presidencial e parlamentar	106
5.2. O poder normativo das agências reguladoras americanas: o rulemaking	109
5.2.1. Modalidades de agências administrativas americanas	109
5.2.2. Lei do Procedimento Administrativo Federal de 1946 (Federal Administrative Procedure Act – APA): regulamentos (rules) e atos administrativos (orders)	110
5.3. Quadro político-jurídico brasileiro: condições favoráveis à “agencificação” do Direito Administrativo	114
5.4. A recepção do modelo norte-americano de agências reguladoras independentes e a necessidade de aclimação: dificuldades e possibilidades	117
5.4.1. Dificuldades	117
5.4.1.1. Diferenciação dos momentos americano e brasileiro	117
5.4.1.2. Resistências legais e políticas à autonomia reforçada das agências no cenário brasileiro	119
5.4.2. Possibilidades	121
5.4.2.1. Deslegalização: ausência de delegação legislativa, a revogação diferida e limites constitucionais	121
5.4.2.2. Autonomia administrativa: estabilidade reforçada dos dirigentes e impossibilidade do recurso hierárquico impróprio	127
5.4.2.3. Recepção do modelo regulatório norte-americano pelo ordenamento brasileiro: considerações finais	131
6. CONCLUSÃO	133
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	135