

ART. 114, VII – AÇÕES RELATIVAS ÀS PENALIDADES ADMINISTRATIVAS IMPOSTAS AOS EMPREGADORES PELOS ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Adriana Fontoura*

Francisco Rossal de Araújo**

Introdução.

I. Princípio da Legalidade.

A. Princípio da Reserva Legal.

1. Estado Liberal.

2. Estado Social.

3. Estado Democrático.

B. Princípio da Legalidade e atribuição de potestades.

1. Potestades administrativas.

2. Atribuição de potestades administrativas.

3. Potestades regradas e potestades discricionais.

C. A crise no Princípio da Legalidade.

D. Discricionariedade administrativa.

1. Justificação.

2. Evolução.

3. Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados.

4. Limitações.

II. O procedimento administrativo da fiscalização do trabalho

III. O procedimento judicial e a fiscalização do trabalho

INTRODUÇÃO

A Fiscalização do Trabalho envolve atuação administrativa do Estado com exercício de Poder de Polícia. Por essa razão, toda e qualquer atuação do agente administrativa está diretamente vinculada ao princípio da Legalidade. O princípio da legalidade significa a submissão da atividade do Estado ao ordenamento jurídico. A Justiça do Trabalho ao adquirir a competência para ações envolvendo a fiscalização do trabalho, passa a ter de enfrentar questões relativas aos limites do poder de polícia e sua relação com o princípio da legalidade e com a teoria geral dos atos administrativos. Nas ações dessa natureza, é essencial avaliar a dicotomia entre legalidade e discricionariedade, sempre tendo em vista dois valores aparentemente contraditórios: o princípio de presunção de legalidade dos atos da administração e a defesa do particular contra os abusos de poder por parte do Estado, que constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O presente estudo, abordará na sua primeira parte os conceitos gerais de direito administrativo, entre eles o princípio da legalidade, como elemento de interpretação e limitador de abusos da atuação fiscalizadora do Ministério do Trabalho. Na segunda parte, será analisado o procedimento administrativo da Fiscalização do Trabalho. Por último, serão expostos os procedimentos judiciais relativos à atividade fiscalizadora do trabalho.

* Juíza do Trabalho, Pesquisadora do CETRA – Centro de Estudos do Trabalho

** Juiz do Trabalho, Mestre em Direito Público – UFRGS, Doutorando em Direito do Trabalho – Universidade Pompeu Fabra, Pesquisador do CETRA

I – O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – NOÇÕES GERAIS

A maior característica e justificativa da importância do tema - Princípio da Legalidade - reside no fato de ser uma garantia individual do cidadão frente ao Estado, limitando sua atividade potestativa. Trata-se de um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, juntamente com a separação de poderes, sujeitando-o à Constituição e à legalidade democrática. A atividade do Estado fica sujeita à lei, caracterizando-se esta como a expressão da vontade popular, legitimadora do exercício do poder político. Por esta razão, o Princípio da Legalidade está ligado diretamente à separação dos poderes do Estado, como forma de controlar a atividade deste, seja na criação, execução ou interpretação da lei. A nenhum cidadão é lícito exigir atitude ou impor abstenção senão em virtude da lei¹.

O princípio tem evolução histórica significativa, passando pelo Estado Liberal, Estado Social e chegando aos nossos dias dentro do chamado Estado Democrático de Direito. No Brasil teve acolhida em todas as Constituições, à exceção da de 1937. A Constituição atual, promulgada a 5 de outubro de 1988, o prevê no art. 5º, II. A redação é praticamente a mesma desde a Carta de 1824, passando pelas Constituições de 1891, 1934, 1946 e 1967².

A limitação inserida no Princípio da Legalidade dirige-se ao poder exercido pelo Estado. Tal relação tem merecido considerável estudo não só no campo jurídico, como também no plano filosófico. O poder em si é um grande desconhecido principalmente no que tange a quem o exerce e aonde o exerce. Falam-se em noções de “classe dirigente” ou “classe dominante”, cuja noção não está muito bem elaborada. Da mesma maneira as formas de controle, vigilância, coação, proibição e mesmo de atuação do Estado, principalmente no que tange à sua discricionariedade. Para Michel Foucault, o poder não pertence, como se fosse um objeto, a ninguém. É exercido dentro da sociedade, nas relações entre os indivíduos, podendo atingir planos maiores ou menores. Estaria sendo exercido e disseminado como uma teia, nas escolas, repartições públicas, hospitais, quartéis, etc., até um nível superior que seria o macropoder do Estado³. O mencionado autor entende que o estudo do poder deve obedecer a dois limites: as regras de direito que o delimitam e os efeitos de verdade que por ele é produzido⁴. No presente estudo, busca-se explicação um pouco mais detalhada quanto ao primeiro aspecto, ou seja, o estudo das regras de direito que delimitam o uso do poder.

Ainda no campo do exercício do poder e sua relação com o Estado, deve ser lembrada a atuação de grupos econômicos e dos meios de comunicação, por exemplo, que forcem o ordenamento jurídico estatal a legalizar suas pretensões dentro de uma legalidade formal⁵. Resta, também, a constatação de que o poder legal é um poder formulado no âmbito de um ordenamento jurídico constitucional, o qual atribui a determinados indivíduos o seu exercício e também a sua limitação, verificando-se a dicotomia legalidade - discricionariedade.

1. Cf. Bandeira de Mello, Celso Antônio - Elementos de Direito Administrativo, São Paulo, Ed. RT, 1980, p. 13; Meirelles, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 16a. ed., Ed. RT, 1991, p. 78; Silva, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 7a. ed., Ed. RT, São Paulo, 1991, p. 362; Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, Curso de Direito Constitucional, 18a. ed., Ed. Saraiva, São Paulo, 1990, p. 244; Bobbio, Norberto, A Era dos Direitos, Ed. Campus, Rio de Janeiro, 1992, p. 148.

2. Cf. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, ob. cit., p. 244.

3. Cf. Un Dialogo sobre el Poder, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 16.

4. Cf. Microfísica do Poder, 8a. ed., Ed. Graal, 1989, p. 179. O autor traça intensa comparação entre as regras de direito e a verdade por elas produzida, assim entendida a verdade formal surgida do exame pelo Estado das relações entre os indivíduos, afirmando que, por outro lado, as próprias regras de direito obrigam os indivíduos à produção da verdade, conforme o Estado.

5. Cf. Habermas, Jürgen, Mudança Estrutural da Esfera Pública, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1984, p. 264.

Analisando-se a evolução do Princípio da Legalidade no decorrer do tempo, verifica-se o seu aperfeiçoamento e, de certa forma, o reforço da sua natureza de garantia constitucional do cidadão, pelo menos nos últimos anos, com a noção de Estado Democrático de Direito. O poder do Estado vai se transformando das relações pessoais e patrimoniais entre o Rei e seus súditos para relações legais e racionais oriundas de um aparelho estatal mais desenvolvido⁶. Por outro lado, como conseqüência natural, constatam-se as alterações correspondentes na noção de discricionariedade que, como já foi dito, se encontra ligada ao princípio em estudo, que passará a ser abordado com a consideração de tal sistemática dualística.

Uma vez que o Princípio da Legalidade encontra-se ligado à noção de poder, convém que sejam examinadas as teorias que, no campo do Direito, tentam explicar tal fenômeno. Para Norberto Bobbio existem três teorias fundamentais de poder: a substancialista, a subjetivista e a relacional⁷. A Teoria substancialista, cujo exemplo lembrado é o de Hobbes, o poder é concebido como uma coisa que se possui, como um outro bem qualquer. Para a teoria subjetivista, lembrando os ensinamentos de Locke, o poder não é uma coisa que serve para atingir determinados fins, mas a capacidade do sujeito de obtê-los. A última teoria, a relacional, é a mais aceita na atualidade e, segundo a qual, o poder nasce de uma relação entre sujeitos, sendo que um deles obtém do outro um comportamento que, em caso contrário, não ocorreria. Bobbio cita a definição de Robert Dahl para quem “A influência (conceito mais amplo, no qual se insere o poder) é uma relação entre atores, na qual um ator induz outros atores a agirem de um modo que, em caso contrário, não agiriam”⁸. Esta última teoria traz inserida a noção de liberdade porque a atuação de um dos sujeitos interfere na posição do outro e vice-versa. De outro modo, seria a mesma noção passada por Michel Foucault, lembrada por Roberto A. R. de Aguiar, ao relacionar o exercício do poder sobre o corpo do indivíduo, ligados à questão de produzir - como produzir, para quem produzir e como distribuir⁹. As possíveis afrontas ao direito de liberdade do indivíduo geraram como reação certos limites à atuação do Estado como forma de garantia do cidadão frente a possíveis abusos.

A inter-relação entre a liberdade dos indivíduos e a forma de agir da Administração deve estar presente na definição do princípio que, segundo Marcello Caetano seria aquele segundo o qual nenhum órgão ou agente da Administração Pública tem a faculdade de praticar atos que possam contender com interesses alheios senão em virtude de uma norma geral anterior¹⁰. A questão relativa ao conteúdo das normas liga-se diretamente à teoria geral do direito e será vista com mais atenção quando for tratada a questão do estado Democrático de Direito.

A. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

A restrição da liberdade oriunda da atuação do poder do Estado, levou à elaboração do Princípio da Reserva Legal (*Vorbehalt des Gesetzes*) e do Princípio da Supremacia ou Prevalência da Lei (*Vorrang des Gesetzes*)¹¹. Com a noção de que a lei deve ser emanada segundo a vontade do povo, Otto Mayer cunha a noção de Reserva Legal para afirmar que tudo o que a lei não proíbe

6. Neste sentido a constatação de Bobbio, Norberto, ob. cit., p. 148/149, baseado nas considerações de Max Weber.

7. Cf. Estado, Governo e Sociedade, 3a. ed., Ed. Paz e Terra, São Paulo, 1990, p. 77 e seguintes.

8. Cf. Bobbio, Norberto, ob. cit., p. 78.

9. Cf. Direito Poder e Opressão, 2a. ed., Ed. Alfa-ômega, São Paulo, 1984, p. 96.

10. Cf. Manual de Direito Administrativo, 10a. ed., Almedina, Coimbra, 1991, p. 30.

11. Cf. Canotilho, J. J. Gomes, Direito Constitucional, 5a. ed., Almedina, Coimbra, 1991, p. 796, o princípio da primazia ou prevalência da lei tem tripla dimensão: a) a Lei é ato de vontade estatal juridicamente mais forte. Conseqüentemente: b) prevalece ou tem preferência sobre todos os atos do Estado, em especial sobre os atos do poder executivo (regulamentos, atos administrativos); c) detém posição de “topo de tabela” da hierarquia das normas, ou seja, desfruta de superioridade sobre todas as outras normas de ordem jurídica (salvo, é óbvio, as constitucionais).

expressamente, é permitido¹². Este conceito, entretanto, em se tratando de efetiva limitação do poder do Estado, não é suficiente, pois a autonomia da vontade deste no campo não proibido pela lei é capaz de gerar abusos e iniquidades que podem ser visualizadas pela evolução histórica do Princípio da Legalidade, por definição, mais amplo que o Princípio da Reserva Legal.

É interessante acrescentar que estes princípios permanecem válidos até hoje pois a lei votada pelo parlamento ainda é, no Estado Democrático, a expressão da própria democracia, vinculando jurídica e constitucionalmente o poder executivo¹³. É claro que a sua validade encontra-se condicionada por outros princípios como, por exemplo, a democratização das funções estatais.

1. ESTADO LIBERAL

O princípio da legalidade nasce na formação do Estado Liberal e decorre da separação das funções do Estado que desde a antiguidade já fora observado por Aristóteles, na Política, livro IV, e retorna no jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, com a discussão sobre *ratio* e *voluntas* dos poderes do rei, substituindo sua vontade na condução do Estado pela razão da lei¹⁴. O Estado moderno que está sendo criado então, funda-se sobre três pilares fundamentais: legalidade, igualdade e separação de poderes. Todos estes fundamentos têm como objetivo assegurar ao cidadão garantias frente ao Estado para que não se repetisse a concentração de todos os poderes na mão de um monarca, como no regime absolutista e conforme defendido por Hobbes¹⁵. Como já foi dito, as relações entre o súdito e o soberano passam de um plano pessoal e patrimonial para um plano legal e racional.

O ideal do liberalismo será cristalizado no pensamento de John Locke, postulando que o direito de propriedade é tão fundamental a ponto de privilegiá-lo frente ao direito de liberdade. Os homens, segundo Locke (inspiração semelhante a Rousseau), fazem um contrato social que lhes permite gozar de suas propriedades em paz e segurança e o instrumento deste contrato é a lei. A importância da lei é ressaltada pelo filósofo, cabendo a Montesquieu a formulação da teoria de tripartição do poder político do Estado em poder de legislar, administrar e jurisdicionar¹⁶.

12. Cf. Couto e Silva, Almiro do, Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo, Rev. de Dir. Público, vol. 84, p. 49.

13. Cf. Canotilho, J. J. Gomes, ob. cit., p. 375. A norma jurídica votada pelo Parlamento representa uma das expressões do direito subjetivo do indivíduo, que é a de compor a soberania do Estado com a participação em eleições. A democracia representativa baseia-se nessa ficção, no sentido de que cada indivíduo ao votar, cede uma parcela de sua liberdade e de sua soberania para legitimar democraticamente o parlamento, que passa a expressar a vontade geral da população.

14. Cf. Couto e Silva, Almiro do, ob. cit., p. 48; Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, Ed. Atlas, São Paulo, 1991, p. 14 e seguintes.

15. Cf. Couto e Silva, Almiro do, ob. cit., p. 48; Enterría, Eduardo García de e Fernandez, Tomás-Ramón, Curso de Direito Administrativo, Ed. RT, São Paulo, p. 371/372.

16. Cf. Couto e Silva, Almiro do, ob. cit., p. 48. Na realidade, as constatações de Aristóteles sobre a sociedade ateniense somente tiveram força de reivindicação política através da obra de Locke e Montesquieu. O primeiro publicou sua obra logo após a "revolução Gloriosa", de 1688, na Inglaterra, que teve como consequência imediata a limitação do poder. A instituição de monarquias constitucionais somente vai ocorrer no continente após um século. Montesquieu, por sua vez, inspirado no sistema inglês, cria a doutrina da separação dos poderes. Vale lembrar que alguns críticos chegaram a negar-lhe a autoria da referida doutrina alegando que aquele fez somente a descrição do que vira na Inglaterra. De qualquer forma, é certo que as idéias de Montesquieu influenciaram intensamente os revolucionários franceses, sendo consagradas na Constituição Francesa de 1814, que também serviu de modelo para as Constituições dos Estados do Sul da Alemanha, devido a influência das guerras napoleônicas. Ver, neste sentido Kimminich, Otto - Jurisdição Constitucional e Princípio da Divisão de Poderes, Rev. de Direito Público, n. 92, out/dez 89, p. 21/22.

No âmbito do Direito Administrativo, são reconhecidos vários privilégios e prerrogativas ao Estado, das quais o particular não dispõe, alicerçadas no princípio do interesse público. Saliente-se que a distinção entre Direito Público e Direito Privado baseia-se, nessa época, nas diferenças das noções de serviço público e atividade privada que, então, eram nitidamente perceptíveis. A discricionariedade, neste período, era vista como um poder político e não como um poder jurídico, não admitindo controle judicial. A teoria dominante era a da vinculação negativa, equiparando o ato administrativo a uma sentença judicial e aduzindo que tudo o que não está proibido na lei é possível à Administração. Segundo Enterría e Fernandez, citando A. Hauriou, trata-se de uma liberdade absoluta de determinação, radicada no centro mesmo da personalidade administrativa e em sua autonomia pessoal. A discricionariedade operaria no espaço livre da lei¹⁷.

Os abusos cometidos diante das noções acima expostas motivaram reações e a construção de outras teorias capazes de vincular o Estado mais diretamente à observância da lei.

2. ESTADO SOCIAL

O Estado Liberal trouxe consigo uma série de injustiças e problemas gerados pelo exacerbamento da autonomia da vontade e do privilégio excessivo ao direito de propriedade. A sociedade começa a forçar o Estado a atuar em áreas como o bem-estar, a saúde, a correção de desigualdades, etc. Começa a nascer o Estado-Providência ou Estado Social de Direito¹⁸.

Com o aumento das funções do Estado, cresce a importância do Poder Executivo, que passa a editar maior número de atos normativos, visando a regulamentar a sua atuação (portarias, decretos, regulamentos, etc.). A própria teoria da vinculação negativa gera como reação a teoria da vinculação positiva. Merkl, que fora adepto das teorias de Kelsen, define a teoria da seguinte forma: não só a Administração, considerada em seu conjunto está condicionada pela existência de um Direito Administrativo, senão que também cada ação administrativa isolada está condicionada pela existência de um preceito jurídico-administrativo que admita semelhante ação. Se uma ação que pretende apresentar-se como ação administrativa não pode ser legitimada por um preceito jurídico que preveja semelhante ação, não poderá ser compreendida como ação do Estado¹⁹. Trata-se de uma volta branda aos princípios da revolução francesa, principalmente na sua gênese de proteção do indivíduo frente ao poder do Estado.

Para a teoria da vinculação positiva, todas as disposições administrativas devem estar vinculadas ao Direito que, segundo o positivismo é identificado com a norma legal. Sempre haverá a necessidade de uma cobertura legal para legitimar o ato, numa técnica de atribuição de potestades, que será vista em item específico. Tem como inconveniente o excessivo apego ao formalismo e as conseqüências nocivas deste.

3. ESTADO DEMOCRÁTICO

O positivismo formalista mostrou-se incapaz de atender aos anseios da sociedade na perspectiva de efetiva participação popular no controle da atividade do Estado. As garantias constitucionais, entre elas o Princípio da Legalidade, passaram a ser vistas não sob o prisma negativo de constituírem limitação do abuso do poder estatal, mas também como instrumento ativo de participação popular. Esta é a forma do Estado Democrático de Direito²⁰.

17. Cf. Enterría, Eduardo García de e Fernandez, Tomás-Ramón, ob. cit., p. 372; Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 19.

18. Cf. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 20/24.

19. Cf. Enterría, Eduardo García de e Fernandez, Tomás-Ramón, ob. cit., p. 374/375.

20. Cf. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 29/33.

Para Bobbio, em comentário feito por José Eduardo Faria, o poder legal é um poder democraticamente formulado dentro do ordenamento constitucional. Compreende o ponto de vista do governante, cuja legitimidade expressa o seu poder de mando com os limites impostos pela legalidade, e o ponto de vista do cidadão, que tem na legalidade a garantia de não ser oprimido, decorrendo daí a ligação entre direito e política, lei e democracia²¹.

Afastando-se do positivismo, o Estado vincula-se não somente à lei, mas também ao Direito e seus princípios fundamentais como liberdade, paz e justiça²². O Estado Democrático de Direito funda-se na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. A noção de justiça não é um valor transcendental mas vincula-se ao bem-estar, à segurança, à igualdade, à liberdade e ao desenvolvimento, entre outros. Estes valores são reais e condicionados historicamente.

A lei para o Estado Democrático de Direito deve realizar o Princípio da Igualdade e da Justiça, não pelo seu caráter genérico, mas pelo fim que encerra a correção das desigualdades²³. A legalidade e a discricionariedade estão ligados aos valores da Justiça. O Direito Administrativo deve ressaltar seu caráter dualista: conciliar o respeito aos direitos humanos fundamentais e a intervenção do Estado para dirimir as desigualdades sociais, ressaltando que o aspecto social e o aspecto democrático não são inconciliáveis. A supremacia do Direito é plena.

O Estado age regido por valores superiores que ordenam o todo, nele incluído a própria Constituição, que tende a reproduzi-los ou, pelo menos, destacá-los expressamente. A concretização destes valores superiores é a exigência que se faz ao Princípio da Legalidade, no sentido da busca de uma justiça material emanada do próprio povo, pois, segundo a própria Constituição, todo o poder emana daquele. Cabe ao Poder Estatal administrar esta justiça não como um simples jogo formal mediante raciocínios lógicos, mas com conexão com os valores médios da sociedade, buscando os seus anseios mais intensos. O povo não é o simples destinatário das normas, mas a sua própria origem, pois sua vontade formalizada constitui o Direito²⁴. Esta é a visão que deve estar presente no administrador ao aplicar a lei ou a realizar atos administrativos.

Para Maria Sylvania Di Pietro, no âmbito específico da Administração Pública, a democratização exige: a) substituição das estruturas hierárquico-autoritárias por formas de deliberação colegial; b) introdução do voto na seleção de pessoas a quem forem confiados cargos de direção individual; c) participação paritária de todos os elementos

21. Cf. Faria, José Eduardo, *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica*, Ed. Univ. São Paulo, São Paulo, 1988, p. 105. Bobbio lembra, no livro *A Era dos Direitos*, ob. cit., p. 149, que existem dois problemas a serem resolvidos para que o Estado assuma a sua concepção democrática: a usurpação do poder legítimo e a perda da legitimidade do poder. Para o primeiro refere como solução a "constitucionalização da oposição", ou seja, a formação de um contrapoder dentro dos limites da regras pré estabelecidas. Para o segundo caso a solução encontrada é a realização de eleições periódicas, através do sufrágio universal.

22. A discussão é o cerne de teoria geral do direito. A busca da solução justa para o caso concreto tem sido o grande tema para os mais diversos doutrinadores. Cita-se, a título de orientar a discussão atual, a obra de Larenz, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, 2a. ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989. O certo é que os filósofos modernos tem procurado identificar ou ao menos subordinar a Lei ao Direito, este último compreendendo a noção de Justiça material.

23. Cf. Silva, José Afonso da, ob. cit., p. 107. Quanto à ligação do Princípio da legalidade com o Estado Democrático de Direito ver Enterría, Eduardo García de, *O Princípio da Legalidade na Constituição Espanhola*, *Rev. de Direito Público*, n. 86, abr/jun 88, p. 5/13. O autor traça o paralelo entre a chamada "jurisprudência de valores" e a atividade da Administração. Afirma que a existência de uma justiça constitucional efetiva, que assegure a primazia normativa da Constituição, depende da ausência de uma visão constitucional como sendo apenas uma articulação formal de poderes, para compreender-se como parâmetro de toda a ordenação, passando de um Estado puramente legal para um Estado ordenado por princípios básicos constitucionais.

24. Cf. Enterría, Eduardo García de, *O Princípio da Legalidade na Constituição Espanhola*, ob. cit., p. 8/9.

que exerçam sua atividade em determinados setores da Administração; d) transparência ou publicidade do processo administrativo; e) gestão participada, ou seja, participação dos administrados através de organizações populares de base e de outras formas de representação na gestão da administração pública²⁵.

Citam-se como exemplos constantes da Constituição brasileira o seu artigo 1º, que consagra o Estado Democrático de Direito e a previsão de vários instrumentos de participação popular na Administração Pública como o mandado de injunção (art. 5º, XXXIII - ainda que não regulamentado ou admitido na jurisprudência), *habeas data* (art. 5º, LXXII), ação popular (art. 5º, LXXIII), publicidade dos atos da Administração Pública (art. 37), etc.

Todos estes limites e conquistas democráticas frente ao poder do Estado não prescindem de uma técnica de aplicação quando de sua análise no caso concreto, fixando-se uma técnica de atribuição de potestades.

B. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E ATRIBUIÇÃO DE POTESTADES

Para que seja fixada a técnica de atribuição de potestades, mister se faz o esclarecimento da noção do que seja potestade.

Para Enterría e Fernandez, os poderes ou potestades não decorrem de uma relação jurídica tal como um negócio ou fato jurídico. A lei determina a sua criação e os sujeitos devem sujeitar-se aos efeitos positivos ou negativos do exercício da potestade²⁶. A potestade sempre decorre do ordenamento jurídico, pressupõe a existência de uma norma prévia que, além de configurá-la, deve atribuí-la em concreto. Os autores não questionam a origem anterior à lei, refletindo somente diante do direito positivado²⁷.

Salientam os autores mencionados que, em decorrência da sua origem legal as potestades são inalienáveis, intransmissíveis e irrenunciáveis (indisponíveis pelo sujeito). Classificam-se em: a) inovativas - criando, modificando ou extinguindo direitos, como por exemplo o poder de polícia, os regulamentos e a expropriação; e b) conservativas - conservando e tutelando direitos, como por exemplo a emissão de certidões. Podem ter supremacia geral, sobre todos os cidadãos e supremacia especial, sobre alguns apenas (ex. funcionários públicos). Há potestades que recaem sobre a própria esfera do titular (organizatórias) e outras que submetem a terceiros, etc²⁸. Necessária a caracterização, neste ponto, das potestades administrativas.

1. POTESTADES ADMINISTRATIVAS

As potestades peculiares da Administração são potestades fiduciárias porque envolvem delegação de poderes pela comunidade, com a confiança de que o interesse visado é o interesse público. É um feixe de potestades singulares que asseguram à Administração a sua atuação. A forma de agir, como foi dito, limita-se e norteia-se pelo interesse público, pelo interesse da comunidade, da qual a Administração é "mera servicial"²⁹.

25. Cf. Di Pietro, Maria Sylvania Zanella, ob. cit., p. 38.

26. Cf. Enterría, Eduardo García de e Fernandez Tomás-Ramón, ob. cit., p. 377/378.

27. De certa forma, o raciocínio desenvolvido obedece à noção de Hans Kelsen quando expõe sobre a estrutura escalonada da ordem jurídica e a existência de uma norma fundamental pressuposta a gerar ou justificar uma série de normas hierarquicamente inferiores. Ver neste sentido Teoria Pura do Direito, 2a. ed., Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1987, p. 205 e seguintes; O referido autor também trata do assunto em Teoria Geral das Normas, Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, 1986, p. 129 e seguintes, abordando a questão do poder para estabelecer e aplicar normas. Esta última obra já revela uma certa atenuação ao rigor formal da Teoria Pura do Direito, fazendo o autor o comentário sobre normas de ordem moral e refletindo sobre a dualidade norma x dever-ser e sua correlação com os planos de validade e eficácia. Historicamente, a obra de Kelsen sofre a influência da perseguição nazista e de seu exílio nos EUA onde, em contato com o sistema da *common law* percebe o exagero de certas proposições contidas na Teoria Pura do Direito e rediscute temas como a norma fundamental (*grundnorm*) e a plenitude sistemática, em sua obra póstuma, Teoria Geral das Normas.

28. Cf. Enterría, Eduardo García de e Fernandez, Tomás-Ramón, ob. cit., p. 379/380.

29. Cf. Enterría, Eduardo García de e Fernandez, Tomás-Ramón, ob. cit., p. 380/382.

O tratamento diferenciado com as coisas públicas é conhecido desde o direito romano com a distinção entre relação jurídica *more objectivo* e relação jurídica *more subjectivo*³⁰, cabendo aos particulares o uso comum das coisas de domínio público. A atividade da Administração sempre deve estar vinculada a um determinado fim. E este fim, identificado com o bem comum, que regula a relação da Administração e não a vontade dos sujeitos³¹.

2. ATRIBUIÇÃO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS

As potestades administrativas têm várias formas de atribuição. A primeira delas seria a de auto-atribuição por parte da Administração, através de regulamentos. Teria como fundamento as necessidades urgentes como calamidades públicas, crises políticas, etc. Como toda a potestade administrativa, deve ter uma norma prévia e expressa a autorizar e o cuidado com os abusos deve ser constante³². No caso, se a lei silencia, a Administração carece de Poderes.

Ainda como característica das potestades administrativas, a atribuição destas deve ser específica, concreta e determinada. Excluem-se os poderes indeterminados porque o Direito pressupõe a existência de limites e, se existisse poder ilimitado, questionar-se-ia a totalidade do ordenamento. Além disso, a distribuição de funções e competências cria a necessidade de limites³³. Os autores questionam as complicações que tais limites podem sofrer em casos extremos, como a guerra ou o Estado de Sítio, por exemplo.

3. POTESTADES REGRADAS E POTESTADES DISCRICIONAIS

Vistos todos estes elementos de limitação da atribuição de potestades administrativas, cabe referência à importância da distinção entre potestades regradas e potestades discricionais.

As potestades regradas são aquelas em que a lei define exaustivamente a adequação do fato à hipótese legal, de forma que há quase uma aplicação automática da lei. A doutrina italiana chama tal situação de *accertamento*. Têm como exemplo a aposentadoria de um funcionário público, a ascensão na carreira por antiguidade ou a liquidação de um tributo.

A potestade discricionária comporta um elemento subjetivo diferente: a avaliação subjetiva da administração completa a disposição legal e juntas condicionam o exercício da potestade³⁴. Augustin A. Gordillo sintetiza a distinção aduzindo que as facultades de um órgão administrativo são regradas quando uma norma jurídica predetermina de forma concreta uma conduta determinada que o administrador deve seguir, ou seja, quando a ordem jurídica estabelece de antemão o que especificamente deve ser feito pelo órgão no caso concreto. As facultades do órgão serão, ao contrário, discricionais, quando a ordem jurídica outorgue certa liberdade para eleger entre um e outro curso de ação, para fazer uma ou outra coisa, ou fazê-la de uma outra maneira³⁵. Em outras palavras é a própria definição de discricionariedade vista sob outro aspecto e cuja abordagem será vista em item posterior (item 3).

C. A CRISE NO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Toda a construção teórica anterior procura explicar o Princípio da Legalidade diante de sua evolução histórica e a ligação umbilical que tem com a noção de

30. Cf. Lima, Ruy Cirne, A Relação Jurídica no Direito Administrativo, Rev. de Direito Público, n. 85, jan-mar/88, p. 26 e seguintes.

31. Cf. Lima, Ruy Cirne, Princípios de Direito Administrativo, 5a. ed., Ed. RT, São Paulo, 1982, p. 22.

32. Cf. Enterría, Eduardo García de e Fernandez, Tomás-Ramón, ob. cit., p. 383.

33. Cf. Enterría, Eduardo García de e Fernandez, Tomás-Ramón, ob. cit., p. 385/388.

34. Cf. Enterría, Eduardo García de e Fernandez, Tomás-Ramón, ob. cit., p. 389/392.

35. Cf. Gordillo, Augustin, Tratado de Derecho Administrativo. Ed. Macchi, Buenos Aires, 1987, tomo I, p. VIII-15/VIII-16.

discricionariedade. É certo, porém, que o crescimento da atuação do Estado, com a intervenção deste na economia e na área social de forma acentuada trouxe certos elementos que permitem afirmar que o princípio sofre uma certa crise diante das exigências modernas.

Almiro do Couto e Silva enumera alguns fatos justificadores de tal afirmação: a) o Estado exige decisões céleres, havendo muito poder em regulamentos, portarias, etc.; b) existe delegação legislativa para fontes de direito infra-legal; c) nos documentos normativos existem cláusulas vagas e elásticas que possibilitam maior âmbito de interpretação por parte do aplicador da norma; d) o Poder Judiciário está mais atuante e a jurisprudência, na prática, é fonte de direito ao interpretar cláusulas gerais e conceitos indeterminados; e) o crescimento dos serviços prestados empurra o Estado para o âmbito do Direito Privado, gerando contradição pois a autonomia da vontade não existe para o Estado, que está vinculado ao interesse público; f) o excesso de leis e sua dificuldade de interpretação afasta os cidadãos comuns do princípio da legalidade; g) a evolução da ciência da Administração torna os planejamentos mais detalhados e, conseqüentemente, as leis mais concretas, criando atos administrativos em forma de leis³⁶.

Isto significa que a Administração não mais está submetida a um conjunto de normas transcendente, mas sim passou a produzir, em grande parte, as normas que a regulam. Para Marcello Caetano, a importância da submissão da Administração à lei não reside na submissão de um poder (executivo) a outro (legislativo) e sim no fato de que o valor da legalidade está na generalidade dos comandos que os órgãos administrativos tem de aplicar³⁷.

Estes elementos devem ser considerados diante da constatação que o Princípio da Legalidade nasceu para proteger os indivíduos e que, embora o Estado possa a qualquer tempo declarar a nulidade de seus atos (já que a nulidade não pode ser sanada, não pode convalidar, prescrever ou ser ratificada), deve observar a boa-fé dos administrados, que presumiram a legalidade do ato. Seria a contraposição, no caso, do Princípio da Segurança Jurídica. Tratar-se-ia, sob a ótica do Estado, de um poder de anular e não de um dever, resguardadas as condições específicas do caso concreto³⁸.

A crise do Princípio da Legalidade não significa que apenas a Administração Pública sofre os efeitos da precariedade das soluções apresentadas pela lei aos problemas existentes dentro da sua órbita de atuação. Também no âmbito do direito privado a crise está instalada. Mais correto seria falar-se em "crise da lei" já que toda a doutrina volta suas atenções para a busca de formas mais evoluídas de estabelecer relações de controle e de poder dentro da sociedade, fora do tradicional modelo de legislação. Se é verdade que existe inflação legislativa no âmbito da Administração Pública, também é verdadeiro que o modelo de codificação existente no âmbito do direito privado mostra-se insuficiente, sendo cada vez mais numeroso o número de leis esparsas que constituem "micro-sistemas", dentro de um sistema legal mais abrangente³⁹, apresentando soluções normativas individualizadas conforme a natureza das situações jurídicas reguladas. Cada vez mais numerosos são os casos em que o legislador, tanto no âmbito público, quanto privado, usa mão de cláusulas gerais, nas quais são previstos modelos valorativos de conduta ou atuação, que devem ser

36. Cf. Couto e Silva, Almiro do, ob. cit., p. 52/54.

37. Cf. ob. cit., p. 29/30.

38. Cf. Couto e Silva, Almiro do, ob. cit., p. 59.

39. Sobre o problema da codificação e a formação de "micro-sistemas", ver Irti, Natalino, L'Età della Decodificazione, Rev. de Direito Civil, vol. 10, p. 15 e seguintes.

integrados, no caso concreto, pelo legislador ou pelo julgador. Isto significa que a legalidade não pode ser vista sob um prisma lógico formal, mas tratada por uma lógica deontica, impregnada de valores e privilegiadora da melhor solução para o caso concreto.

Não há dúvida que as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados representam uma evolução na ciência do Direito, no sentido de que possibilitam a aproximação da lei ao caso concreto e a realização da Justiça material. Entretanto, longo é o caminho a ser percorrido no sentido de que a Administração Pública afaste-se de vícios como o abuso de poder, a corrupção, etc, principalmente porque a erradicação dos mesmos não depende apenas de regramento legal, mas também do reforço da base moral da sociedade.

Como ressaltado no início desta subdivisão, impossível se mostra a análise do princípio da legalidade e de sua “crise”, sem a abordagem da discricionariedade administrativa.

D. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

O Estado de Direito, e em especial o Estado Democrático de Direito, tem como um de seus alicerces o Princípio da Legalidade de forma a impedir abusos no exercício do poder do Estado. Por este motivo, os poderes são regrados pela lei, limitando a atuação da Administração. Esta atuação, entretanto, deve ter certa liberdade para agir, desde que respeitados os limites antes referidos. Este poder que a lei confere à Administração, segundo critérios de oportunidade e conveniência, para escolher entre uma ou mais soluções, todas válidas perante o Direito, é a discricionariedade⁴⁰. Funciona, neste caso, como uma limitação ao Princípio da Legalidade, seja porque a quantidade dos fatos da vida real supera a possibilidade de previsão das normas legais, seja porque a Administração necessita de um certo espaço para tomar decisões segundo os já citados critérios de oportunidade e conveniência.

Não pode ser compreendida a discricionariedade sem a análise da função pública, esta compreendida como um poder-dever⁴¹ praticada não só pelo poder executivo, embora reconhecida a sua prevalência sobre os demais, mas também pelos poderes legislativo e judiciário.

A discricionariedade não se confunde com arbítrio porque aquela existe dentro da lei e este ocorre fora dos limites legais. O ato arbitrário sempre será inválido e ilegal.

É certo, também, que a discricionariedade sempre será relativa e parcial porque quanto à competência, forma e finalidade do ato, a autoridade estará subordinada aos ditames da lei. A desvinculação ocorrerá quanto aos motivos e ao objeto, retomando-se a distinção entre ato vinculado, ligado a potestades regradas e ato discricionário, ligado a potestades discricionárias⁴².

Não pode ser confundida com a interpretação jurisdicional. Na verdade, esta última leva a uma única solução possível, enquanto a discricionariedade permite opções igualmente justas. O Judiciário não usa de discricionariedade quando prolatada decisões pois dá solução exclusiva, não comportando juízo de oportunidade, mas sim juízo de legalidade⁴³.

40. Cf. Meirelles, Hely Lopes, ob. cit., p. 97; Di Pietro, Maria Sylvania Zanella, ob. cit., p. 41.

41. Cf. Grau, Eros Roberto, Poder Discricionário, Rev. de Direito Público, n. 93., jan-mar/90, p. 41 e seguintes.

42. Cf. Silva, José Afonso da, ob. cit., p. 369; Hely Lopes Meirelles, ob. cit. p. 98/99.

43. Cf. Di Pietro, Maria Sylvania Zanella, ob. cit., p. 44/47.

A discricionariedade tem importância crucial dentro da forma de atuação do Estado ao permitir que este, diante de determinado caso concreto, opte por uma alternativa em detrimento de outra ou outras, igualmente legais e justas. Em uma definição bastante extensa, Celso Antônio Bandeira de Mello a conceitua como sendo a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentro pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente⁴⁴. A análise desta definição permite ver que o referido autor estabelece uma relação entre a discricionariedade e a existência de conceitos jurídicos indeterminados, por ele chamados de “conceitos fluidos”, que serão analisados mais adiante com base em noções expostas por Karl Engisch.

1. JUSTIFICAÇÃO

A discricionariedade é costumeiramente justificada sob o ponto de vista de critérios práticos e de critérios jurídicos.

Os critérios práticos estariam presentes no fato de que, através da discricionariedade afasta-se o automatismo em que os agentes administrativos incorreriam se tivessem que aplicar rigorosamente as leis e as dificuldades diante de fatos concretos complexos e mutáveis que não podem ser previstos na legislação⁴⁵.

Como critérios jurídicos, aponta-se a impossibilidade jurídica de previsão por parte do legislador de todos os atos que a atividade administrativa exige. O ideal, segundo Hely Lopes Meirelles, seria que a lei regulasse minuciosamente cada um dos atos a serem praticados pelo administrador, mas isto é impossível. Assim, somente alguns atos são regulados, segundo sua maior relevância, ficando os demais a prudente critério do administrador⁴⁶.

A discricionariedade no ato administrativo é necessária para possibilitar o poder de iniciativa da Administração, sem o qual impossível se mostraria a sua tarefa e a objetivação do bem comum. A ausência de discricionariedade, ainda que restrita aos motivos e ao objeto, implicaria na total imobilidade do administrador diante dos fatos novos surgidos na experiência diária e a necessidade de tomada de posição frente a estes.

2. EVOLUÇÃO

A discricionariedade sofre mutações de acordo com o entendimento do Princípio da Legalidade, ganhando ou perdendo força em sentido inversamente proporcional. Antes do Estado de Direito tinha caráter eminentemente subjetivo, identificando-se com a vontade do monarca. Com o advento do Estado de Direito e da supremacia da lei, em princípio teve natureza de ato político, segundo a teoria da vinculação negativa antes referida. No positivismo passa a ser considerada como ato jurídico e sua limitação cresce com a teoria da vinculação positiva. Por último, no âmbito do Estado Democrático de Direito, tem seus limites estabelecidos pela

44. Cf. Discricionariedade e Controle Jurisdicional, Malheiros Editores Ltda, São Paulo, 1992, p. 48.

45. Cf. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 41.

46. Cf. ob. cit., p. 98/99; Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 41/43.

lei e pelo Direito, com todas implicações referidas anteriormente, em especial no que se refere à sua ligação com o conceito de justiça. Essa noção está presente na abordagem que será feita a seguir, quando se analisa o problema da discricionariedade e dos chamados conceitos jurídicos imprecisos ou indeterminados.

3. DISCRICIONARIEDADE E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Para que se delimite com precisão o âmbito de liberdade que comporta a discricionariedade, mister se faz a diferenciação entre esta e os chamados conceitos jurídicos indeterminados.

O jurista não pode acreditar que as normas (sozinhas) possam estabelecer clareza e segurança jurídica absolutas⁴⁷. Existem nas normas conceitos que podem ser determinados e/ou indeterminados. Os conceitos determinados delimitam o âmbito da realidade ao qual se referem de uma maneira precisa e inequívoca, como por exemplo a noção de maioria, ou o número de dias de um prazo recursal. Os conceitos jurídicos indeterminados têm conteúdo e extensão incertos. Possuem um núcleo conceitual, no qual está a noção clara do conteúdo e um halo conceitual, onde repousam as dúvidas⁴⁸. Tais conceitos são descritivos ou normativos, conforme descrevam a realidade percebida ou somente sejam perceptíveis em conexão com o mundo das normas⁴⁹.

Os conceitos jurídicos indeterminados normativos carregam conceitos de experiência (incapacidade para o exercício de funções, força irresistível, premeditação) ou de valor (boa-fé, justo preço, padrão de conduta médio). Tais conceitos devem, necessariamente, comportar uma única solução justa, diferenciando-se, por esta característica, do poder discricionário⁵⁰. No preenchimento da carga valorativa resta a questão de saber se as valorações produzidas são do indivíduo que aplica o Direito ou se são valorações preexistentes na “generalidade das pessoas” ou na “camada dominante”⁵¹. Em se tratando de interesse público, ligado diretamente à interpretação do conceito, estariam presentes os conceitos valorativos da média das pessoas da sociedade o que, de qualquer forma, é extremamente difícil de conceituar.

A doutrina alemã referida por Maria Sylvania Di Pietro, especificamente no que se refere a Jellinek, advoga que a liberdade de apreciação equipara-se àquela que existe na elaboração de conhecimentos científicos ou técnicos: ao intérprete cabe encontrar a vontade única do legislador. É uma noção extremamente restritiva da discricionariedade que ganhou força na Alemanha após 1945⁵².

47. Cf. Engisch, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 5a. ed., Ed. Fund. Calouste Gulbekian, Lisboa, 1979, p. 170/171.

48. Cf. Engisch, Karl, *ob. cit.*, p. 173/174; Enterría, Eduardo García de e Fernandez, Tomás-Ramón, *ob. cit.*, p. 393.

49. Cf. Engisch, Karl, *ob. cit.*, p. 174/175. Eros Grau, *ob. cit.*, p. 42/43, sustenta a inexistência de conceitos jurídicos indeterminados porque a indeterminação decorre das expressões destes e não deles próprios. Refere que melhor seria tratar o assunto sob a noção de conceitos cujos termos são indeterminados. Na verdade, a argumentação não se desvia do cerne da discussão, que é a necessidade de concreção da norma jurídica no caso concreto, preenchendo-a de conteúdo valorativo.

50. Cf. Enterría, Eduardo García de e Fernandez, Tomás-Ramón, *ob. cit.*, p. 394.

51. Cf. Engisch, Karl, *ob. cit.*, p. 177/178.

52. Cf. *ob. cit.*, p. 71. É de se notar que, historicamente, a formação do conceito de discricionariedade na doutrina alemã coincide com a derrocada do regime nazista, havendo a preocupação com os limites da atuação da administração pública, visando a evitar o arbítrio.

A diferenciação entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados tem enorme importância no que tange ao controle do ato. Se for aplicação de conceito jurídico indeterminado, o juiz pode fiscalizar a fundo tal questão. Se for, ao contrário, potestade discricionária dentro dos limites da remissão legal, a fiscalização carece de poder. Enterría e Fernandez desenvolvem uma noção mais ou menos semelhante à noção de Karl Engisch, no sentido da existência de uma “zona de certeza negativa”, uma “zona de certeza” e o “halo do conceito”⁵³. Conceitos como urgência, ordem pública, justo preço, calamidade pública, etc., não permitem pluralidade de soluções justas, senão uma única solução justa em cada caso.

Nota-se que o sistema legal oferece “aberturas” para que a resolução do caso concreto obedeça a certos padrões de justiça material, reforçando o seu equilíbrio. Não é possível acreditar que um sistema “fechado”, composto de axiomas logicamente compatíveis entre si possa resolver a totalidade dos casos concretos⁵⁴. Assim, o administrador, da mesma forma que o julgador, deve procurar a criação, para o caso concreto, da opção mais acertada, dentro do interesse público e do bem comum. É certo, porém, que a definição destes paradigmas, bem comum e interesse público, deve ser feita de maneira racional e considerando elementos sociais, econômicos e culturais presentes num determinado momento histórico. Enfim, são fatores políticos que inspiram a atuação segundo critérios de oportunidade e conveniência.

A limitação à discricionariedade, como se pode ver, é elevada e resulta da evolução do próprio Estado de Direito.

4. LIMITAÇÕES

A discricionariedade inicialmente foi comparada a “atos de império”. Com o passar do tempo e a evolução das idéias informadoras do Princípio da Legalidade, a intangibilidade do poder discricionário vai sendo perdida.

O sistema clássico de limitação da discricionariedade é o sistema de “desvio de poder”, oriundo do Direito Francês. Neste, o controle pelo Judiciário quanto à competência, existência da potestade, forma e procedimento é incontroverso. Com o tempo, porém, o Conselho de Estado Francês passou a exigir a finalidade pois os poderes administrativos não são abstratos, utilizáveis para qualquer finalidade. Haverá desvio de poder quando o exercício de potestades administrativas for diverso dos fins previstos pelo ordenamento jurídico. O vício do desvio de poder é um vício de estrita legalidade⁵⁵. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o desvio de poder constitui na utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição⁵⁶.

O sistema francês apresenta três níveis de controle: a) materialidade, no qual apenas se verifica-se os fatos ocorrerem, ou não; b) qualificação, onde se verifica-se os fatos produzidos são de natureza a justificar a decisão, afastando-se a mais-valia nas posições da Administração; c) adequação, que ocorre em casos extremos onde o juiz aprecia se o fato se justifica como medida da Administração, analisando a proporcionalidade entre os meios e os fins. Esta última forma é o controle do desvio de poder, antes referido⁵⁷.

53. Cf. ob. cit., p. 397.

54. Sobre a noção de sistema cita-se a monografia de Canaris, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, Ed. Fund. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989. Também Larenz, Karl, ob. cit., p. 531 e seguintes.

55. Cf. Enterría, Eduardo García de e Fernandez, Tomás-Ramón, ob. cit., p. 401/405; Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 74/76; conferir, também, Gordillo, Augustin, ob. cit., p. VIII-32/VIII-33.

56. Cf. *Desvio de Poder*, Rev. Direito Público, n. 89, jan-mar/89, p. 24.

57. Cf. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, ob. cit., p. 74/75.

Ainda no campo do desvio de poder cabe a indagação sobre a sua amplitude. A primeira hipótese é a de que haveria desvio de poder pela existência de vício subjetivo, ou seja, o desvio na intenção da autoridade, extraviando-se do fim legal devido. Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁸ recomenda cautela, fazendo distinção entre a intenção do agente de praticar o ato e o resultado obtido com desvio, mesmo sem intenção. Diante de tal dificuldade o referido autor aponta uma segunda hipótese, que é a da consideração do vício objetivo, no sentido de considerá-lo não no plano da consciência do indivíduo, mas no plano dos fatos. Por último, restaria o vício por omissão nos casos da autoridade não agir quando necessário⁵⁹.

Controla-se, também, a discricionariedade pelos Princípios Gerais do Direito, que estão acima da lei e envolvem a noção de justiça, a qual a discricionariedade está ligada. Não consiste, porém, na substituição dos critérios da Administração pelos critérios do julgador. Deve levar em conta parâmetros de uma justiça material concreta, especificada em função de problemas jurídicos concretos⁶⁰.

Todos os elementos históricos constituintes do Princípio da Legalidade e da noção de discricionariedade estão intimamente ligados aos embates políticos travados no sentido de proteger o cidadão dos efeitos da atuação do poder do Estado. Modernamente, as garantias constitucionais, dentro do Estado Democrático de Direito, perdem a inércia e passam a incorporar a atitude de cidadania do indivíduo. O controle judicial da discricionariedade não importa na perda do poder de mando da Administração, mesmo porque este é imprescindível para a obtenção do bem comum por esta visado.

A participação do indivíduo na vida política e a valorização de suas garantias individuais, pode trazer um maior crescimento da interação poder-indivíduo, sem abusos. É preciso lembrar, contudo, que as formas modernas de dominação são bem mais sutis e envolvem componentes de persuasão em massa presentes nos meios de comunicação, utilizados como instrumentos formadores de opinião pública. Por este motivo cada vez mais cresce a importância da participação da sociedade civil dentro da estrutura do Estado, limitando o seu arbítrio e ampliando o espaço das liberdades individuais.

Não é desalentador o quadro traçado de crise do princípio da legalidade. A sociedade vive realmente é uma crise da lei, tanto no âmbito privado quanto no âmbito público, devendo buscar soluções para melhor regular seus conflitos e possibilitar o desenvolvimento de seus indivíduos, com a satisfação de suas necessidades básicas materiais a fim de que se possa, paralelamente, sonhar com tempos mais amenos ou até mais felizes. Fixar, dentro da sociedade, princípios morais e éticos mais duradouros e mais equilibrados⁶¹ talvez seja a base de uma normatização mais eficiente e mais justa.

Resta acreditar na apreciação do princípio da legalidade conjugando-se os elementos jurídicos e os elementos políticos do mesmo. No âmbito jurídico buscando-se a observância do Direito e da Justiça. No campo político perseguindo-se o bem comum e o desenvolvimento material e espiritual, tanto individual como coletivamente.

58. Desvio de Poder, ob. cit., p. 32.

59. Ob. cit., p. 34.

60. Cf. Enterría, Eduardo García de e Fernandez, Tomás-Ramón, ob. cit., p. 410.

61. O equilíbrio, neste caso, reveste-se do sentido dado pela cultura grega, significando a correlação perfeita entre o material e o espiritual.

II - O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DA FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO

A Fiscalização do Trabalho é atividade institucional do Ministério do Trabalho e Emprego⁶² e está afeta à Secretaria de Fiscalização do Trabalho – SEFIT, órgão técnico responsável pelo planejamento e normatização das ações fiscais a nível federal relativas ao acompanhamento do cumprimento da legislação trabalhista, abrangendo normas legais e convencionais. No âmbito dos Estados, essas atividades são executadas pelas Delegacias Regionais do Trabalho (DRT), órgãos descentralizados, sediados nas capitais. Nessas Delegacias estão lotados os Auditores-Fiscais do Trabalho⁶³, que possuem como atividades a vigilância e orientação com relação ao cumprimento das normas de proteção ao trabalhador; a fiscalização propriamente dita, exercida perante os estabelecimentos; a investigação, que abrange a coleta de amostra e documentos mediante termo de apreensão assim como a interrogação de trabalhadores e empregadores sobre questões relacionadas ao cumprimento das normas trabalhistas; a atividade de notificação para apresentação de documentos e para o efetivo cumprimento de normas trabalhistas; a atividade de autuação que se traduz no apontamento das infrações detectadas e aplicação da multa pertinente. Compete ainda aos Auditores-fiscais do Trabalho o rol de atividades previstas no artigo 18 do Regulamento da Inspeção do Trabalho, aprovado pelo Decreto nº 4.552/2002, observadas as alterações instituídas pelo Decreto nº 4.870/2003, objetivando sempre a efetividade das disposições legais e convencionais relativas à proteção do trabalhador.

Dispõe o artigo 9º do Regulamento em questão:

“Art. 9º A inspeção do trabalho será promovida em todas as empresas, estabelecimentos e locais de trabalho, públicos ou privados, estendendo-se aos profissionais liberais e instituições sem fins lucrativos, bem como às embarcações estrangeiras em águas territoriais brasileiras.”

Para a realização da inspeção, o Auditor-Fiscal do Trabalho deverá, em regra, apresentar Carteira de Identificação Fiscal. A identificação poderá, todavia, ser realizada após a verificação física do local quando o Auditor-Fiscal julgar que a identificação prévia prejudicará a eficácia da fiscalização. O Auditor-Fiscal terá ainda acesso irrestrito aos estabelecimentos, documentos e materiais solicitados para fins de inspeção do trabalho. Havendo resistência ou embaraço à atividade de fiscalização o Auditor-Fiscal lavrará auto de infração, aplicando a multa correspondente⁶⁴.

A fiscalização deverá observar o critério da dupla visita nas hipóteses previstas no artigo 627 da CLT, observado ainda o que dispõe artigo 23 do Regulamento da Inspeção do trabalho. Na primeira visita deverá o auditor-fiscal promover a instrução dos responsáveis pelo estabelecimento e notificá-los da data da segunda visita, fixando prazo para a regularização.

A atividade de fiscalização é vinculada no sentido de que, verificada irregularidade ou descumprimento de norma legal ou convencional de proteção ao trabalhador, incumbe ao auditor-fiscal a lavratura do auto de infração, sob pena de responsabilidade, ressalvadas as hipóteses em que a lei prevê a mera instrução do responsável ou na hipótese de procedimento especial de fiscalização. O procedimento especial é aquele destinado à mediação de conflitos coletivos entre trabalhadores e empregadores, à coordenação de mesas de entendimento com vistas a que empregadores infratores firmem termo de compromisso no sentido de efetivo cumprimento da legislação trabalhista.

62. Lei nº 10.683/03, art. 27, XXI, “c”

63. Lei nº 10.593/02, art. 10

64. Portaria GM/MTb nº 290, de 11/04/1997

Dessa forma, desde a manutenção de trabalhador sem registro até a não observância das normas de segurança e medicina do trabalho, passando pelo descumprimento da legislação protetiva consolidada e das normas legais e convencionais esparsas, está sujeito o empregador ao pagamento de multa mediante lavratura do auto de infração pelo Auditor-fiscal do Trabalho⁶⁵. Na análise da situação concreta, o Auditor-fiscal verificará o fiel cumprimento de todas as determinações legais inerentes às relações de trabalho, inclusive detectando possíveis fraudes, encobertas sob o manto da flexibilização. Assim, poderá o auditor-fiscal constatar, mediante inspeção, a existência de empregados trabalhando como se cooperativados fossem, contratações temporárias ou por prazo determinado sem a observância dos requisitos legais, adoção de “banco de horas” de forma irregular, contratos de estágio que não atendem aos objetivos preconizados, mas se traduzem em mão-de-obra barata. Nessas, como em tantas outras hipóteses em que verifica afronta à legislação protetiva e à dignidade do trabalhador, incumbe ao Auditor-fiscal a adoção de estratégias capazes de tornar eficaz a comprovação do desvirtuamento da lei e conseqüente lesão aos direitos trabalhistas, inclusive, se for o caso, mediante denúncia ao Ministério Público do Trabalho para a ação judicial cabível, além da aplicação da multa de natureza administrativa.

Do ato de fiscalização que decorrer a lavratura do auto de infração, o infrator poderá apresentar defesa no prazo de 10 dias, contados do recebimento da notificação de que trata o artigo 629 da CLT. Considerada insubsistente a impugnação exsurge a aplicação da multa mediante decisão fundamentada⁶⁶. A parte interessada poderá então interpor recurso administrativo, com fundamento no artigo 636 da CLT, no prazo de 10 dias, mediante depósito prévio da multa aplicada.

O depósito prévio da multa como pressuposto de admissibilidade do recurso administrativo, não só na seara trabalhista como também tributária tem sido objeto de arguição de inconstitucionalidade por violação ao direito ao contraditório e à ampla defesa.

Todavia, o STF, em sede de Recurso Extraordinário, decidiu a respeito da constitucionalidade da exigência do depósito, afastando a alegação de afronta à norma expressa no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal⁶⁷.

Cabe ressaltar que a exigência do depósito, além de se colocar como obstáculo a recursos administrativos meramente procrastinatórios, também garante parte do crédito, pois se converterá em renda com o trânsito em julgado da decisão administrativa.

Não se pode ignorar, entretanto, que o processo administrativo não tem alcançado a finalidade a que se destina. A ausência de independência funcional dos julgadores, que normalmente estão sujeitos às orientações do ente tributante, aliado ao sistema que adota processos autônomos nas esferas administrativa e judicial provocam a morosidade do julgamento em flagrante prejuízo à administração pública. Como o processo administrativo não encerra a lide, não raro, após o trânsito em julgado da decisão administrativa, permanecendo incólume a penalidade aplicada, o prejudicado utilizará as vias judiciais, reiniciando todo o processo de questionamento dos atos da fiscalização.

Nada obsta, entretanto, que mesmo sem lançar mão da prerrogativa do processo administrativo, o prejudicado recorra, desde logo, à esfera judicial.

65. Sobre os requisitos do auto de infração, ver artigo 629 da CLT

66. Lei nº 7.855/89 – Altera a CLT, atualiza os valores das multas trabalhistas, amplia a sua aplicação e institui o Programa de Desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho e dá outras providências.

67. STF – 2ª Turma, RE 210.235/MG, DJ 19/12/1997

III – O PROCEDIMENTO JUDICIAL E A FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO

Não havendo recurso administrativo ou havendo transitado em julgado a decisão administrativa mantendo o auto de infração, a multa aplicada, depois de esgotado o prazo para pagamento, será inscrita na dívida ativa não-tributária e passará a integrar os créditos da Fazenda Pública da União.⁶⁸ O termo de inscrição na dívida ativa precede e dá sustentação à Certidão de Dívida Ativa da Fazenda Pública que, por sua vez, constitui título executivo extrajudicial, na redação do artigo 585, inciso VI do CPC. De outra parte, por força do que dispõe o artigo 3º da Lei nº 6.830/80⁶⁹, a Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez, e o artigo 204 do Código Tributário Nacional acrescenta que “...tem o efeito de prova pré-constituída”. Nesse sentido, ensina Ruy Barbosa Nogueira que o débito tributário, formalizado pelo lançamento e pela inscrição da dívida ativa da Fazenda Pública gera título executivo extrajudicial, que goza de presunção *juris tantum* de liquidez e certeza e concede ao fisco, desde esse momento, a legitimação para propor a execução judicial fiscal (CPC, art. 585. VI)⁷⁰.

Até a Emenda Constitucional nº 45, era pacífica a competência da Justiça Federal para processar e julgar as ações decorrentes da aplicação de penalidades administrativas aos empregadores pelas DRT's. Isto porque a Competência da Justiça do Trabalho se restringia às demandas havidas entre “trabalhadores e empregadores” enquanto que, por força do disposto no artigo 109, I da Constituição Federal, a presença da União em um dos pólos da lide atrai a competência para a Justiça Comum Federal, excetuando as hipóteses de “...falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e do Trabalho”⁷¹.

Dentre as inovações trazidas pela citada Emenda Constitucional, que provocou significativas alterações no âmbito processual, está o comando expresso no inciso VII do artigo 114 da Constituição, segundo o qual:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar a julgar:

VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;”

Daí se depreende que a competência, até então definida em razão da pessoa, no caso a União Federal, passa a ser pautada em razão da matéria. Trata-se de competência absoluta que inclui não só as ações movidas pelos empregadores que sofreram a atuação contra a União Federal como também as Execuções Fiscais que tenham por objeto a cobrança de multa administrativa aplicada pelos órgãos da fiscalização das relações de trabalho.

A norma constitucional em questão tem efeitos *ex nunc* e aplicabilidade imediata, já que nenhum prazo foi fixado pela própria emenda. Atinge as ações ajuizadas após a sua vigência e as demandas em curso que deixam de tramitar na Justiça Federal e passam à Justiça do Trabalho. Trata-se de uma das hipóteses de exceção ao Princípio da *perpetuatio jurisdictionis* expressa ao final do artigo 87 do CPC. Sobre a matéria, refere Humberto Theodoro Júnior que, com relação a essas alterações jurídicas, cumpre distinguir entre a competência absoluta e a relativa. Para o citado autor, se a competência

68. O artigo 39 da Lei nº 4.320/64 – Lei do Orçamento – com redação dada pelo Decreto Lei nº 1.735/79, dispõe sobre os créditos de natureza tributária e não tributária, incluindo nesse conceito os créditos decorrentes de “*multas de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias...*”. Já o artigo 2º da Lei nº 6.830/80 dispõe que “*Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não-tributária na Lei 4.320 de 17 de março de 1964...*”.

69. LEF – Lei de Execuções Fiscais

70. Cf Curso de Direito Tributário, 14ª edição, Ed. Saraiva, 1995, p 153/154, *apud* Paulsen, Leandro - Direito Tributário, 6ª edição, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre 2004, p. 1267.

71. Artigo 109, inciso I da Constituição Federal.

já firmada for territorial ou em razão do valor, em nada serão afetadas as causas pendentes. Mas se for suprimido o órgão judiciário perante o qual corria o feito, ou se a alteração legislativa referir-se à competência absoluta (*ratione materiae* ou hierarquia), já então os feitos pendentes serão imediatamente alcançados: os autos, em tal caso, terão de ser encaminhados ao outro órgão que se tornou competente para a causa. O mesmo deve ser observado quando se tratar de competência funcional⁷².

Nesse passo a Justiça do Trabalho, especializada em razão da matéria de ordem trabalhista, ultrapassa os limites das relações entre empregados e empregadores e passa a dirimir controvérsias que têm como questão de fundo o descumprimento da legislação do trabalho. São Ações de Execução Fiscal, Mandados de Segurança, Ações Ordinárias, contendo normalmente em seu bojo pedidos de antecipação de tutela, que passam a integrar a rotina do foro trabalhista, tão acostumado à apreciação das reclamatórias.

Por meio das Ações Ordinárias, diversas são as pretensões deduzidas pelo empregador atuado. Em geral há o questionamento da legalidade da multa aplicada, buscando-se a suspensão da exigibilidade do crédito e evitando-se a sua inscrição na dívida ativa não-tributária. Busca-se também a obtenção de certidão negativa ou provimento que determine à União que se abstenha de proceder à inscrição no CADIN (Cadastro de Devedores Inadimplentes). Explico: segundo dispõe o artigo 205 do CTN, a lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, quer dizer, havendo débito exigível, a certidão será positiva. Embora o artigo faça referência a "tributo", os comandos dos artigos 205 até 208 são direcionados à Procuradoria da Fazenda Nacional, a quem compete a emissão de tais certidões, aplicando-se portanto às hipóteses de dívida ativa não-tributária. Ocorre que a existência de inscrição em dívida ativa, seja ela tributária ou não-tributária, com conseqüente positivação de certidões e inclusão no CADIN causa transtornos de diversas ordens ao inadimplente pois se traduz no abalo de crédito (proibição de obter empréstimo em bancos oficiais, por exemplo) e conseqüente restrição de competitividade no mercado.

Se verificada qualquer uma das hipóteses de trata o artigo 206 do CTN⁷³ terá o empregador atuado direito à obtenção de certidão negativa com efeito de positiva. Todavia, cabe advertir que a doutrina não é pacífica quanto à aplicação do artigo 151 do CTN, que dispõe sobre as hipóteses de suspensão do crédito tributário, com relação à dívida ativa não-tributária. Pelo contrário, de acordo com uma corrente respeitável, a sua aplicação analógica fugiria à melhor técnica. Não obstante, o que se constata por pesquisa jurisprudencial é a concessão da suspensão da exigibilidade do crédito não-tributário mesmo nas hipóteses previstas no artigo 151, com base na utilização do poder geral de cautela quando presentes os requisitos legais, observada ainda a possibilidade de aplicação da regra do §7º do artigo 273 do CPC.

Assim, ao juiz incumbe decidir sobre o cabimento da multa aplicada e a sua consonância com a infração cometida, bem como quanto aos limites do exercício do poder de polícia da fiscalização.

Note-se que em se tratando de ato praticado por autoridade do poder público, caberá, em tese, o Mandado de Segurança para amparar direito líquido e certo. Nesse sentido, importante salientar o inciso IV do artigo 114 da Constituição, conforme redação dada pela Emenda Constitucional em tela. No caso, a autoridade coatora será o Delegado Regional do Trabalho que responde pelos atos da fiscalização e a ação será ajuizada

72. Cf. Curso de Direito Processual Civil, 39ª edição, Ed. Forense, Rio de Janeiro, vol. I, 2003, p. 151

73. Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

perante o Juiz do Trabalho de primeira instância, já que a autoridade impetrada é estranha ao Poder Judiciário.

Não havendo recurso administrativo ou decisão judicial que suspenda a exigibilidade do crédito, incumbe à Procuradoria da Fazenda Nacional ajuizar a competente Ação de Execução Fiscal, perante o juiz de primeira instância, regida pelo rito expresso na Lei 6.830/80 (LEF). Recebida a petição inicial, o executado será citado para pagar ou garantir a execução, no prazo de 5 dias, conforme artigo 8º da LEF. Garantida a execução, inclusive pela penhora, se necessário, o executado oferecerá Embargos, no prazo de 30 dias⁷⁴ pelo qual deverá alegar toda a matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou a critério do Juiz, até o dobro desse limite⁷⁵.

Importante referir que, em geral, a tese de defesa sustentada em Embargos é a mesma invocada na Ação Ordinária o que torna as ações conexas. Com a finalidade de evitar decisões divergentes, a Ação Ordinária deve ser apensada à Ação de Execução para instrução e julgamento em conjunto.

Note-se também o que dispõe o artigo 5º da LEF no sentido de que a competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário.

Não é demais salientar que, não obstante a previsão legal de um processo administrativo, a opção do empregador pela via judicial, com amparo no inciso XXXV do mesmo artigo 5º, extingue o recurso administrativo, em face do Princípio da Jurisdição Uma. Com efeito, não haveria razão para que o julgador administrativo continuasse despendendo recursos materiais e intelectivos se a decisão administrativa resultante jamais iria preponderar sobre o provimento judicial.

Por fim, cabe abordar a questão relativa ao rito processual a ser adotada nas ações dessa espécie.

O TST, na Resolução 126/2005 que instituiu a Instrução Normativa nº 27, definiu, em face da ampliação da competência da Justiça do Trabalho que: *“As ações ajuizadas na Justiça do Trabalho tramitarão pelo rito ordinário ou sumaríssimo, conforme previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, excepcionando-se apenas as que, por disciplina legal expressa estejam sujeitas a rito especial, tais como o Mandado de Segurança, Habeas Corpus, Habeas Data, Ação Rescisória, Ação Cautelar e Ação de Consignação em Pagamento.”*, acrescentando ainda a aplicação das custas processuais e do sistema recursal previsto na CLT.

Assim, às ações ordinárias não resta dúvida quanto à aplicação do processo do trabalho. Já a execução fiscal, como salientado, possui rito próprio, previsto na LEF que também é aplicável de forma subsidiária ao processo do trabalho, por força do que dispõe o artigo 889 da CLT. Note-se, entretanto que o sistema recursal a ser utilizado é sempre o trabalhista, como definido pelo TST na resolução citada.

Por certo, o tema abordado, assim como todo o conjunto da reforma constitucional que ampliou a competência da Justiça do Trabalho, é campo fértil para discussões doutrinárias e divergências jurisprudenciais. Cientes de que o conteúdo desenvolvido não esgota a matéria, pelo contrário, visa instigar o leitor a questionar as diversas hipóteses que podem ser levadas à apreciação do Juiz do Trabalho, esperamos ter atingido o objetivo visado.

74. Artigo 16 da LEF

75. Artigo 16, §2º da LEF

BIBLIOGRAFIA

1. Aguiar, Roberto A. R. de - Direito, Poder e Opressão, 2ª ed., Ed. Alfa-Omega, São Paulo, 1984.
2. Bobbio, Norberto - A Era dos Direitos, Ed. Campus, Rio de Janeiro, 1992.
3. Bobbio, Norberto - Estado, Governo e Sociedade, 3ª ed., Ed. Paz e Terra, São Paulo, 1990.
4. Caetano, Marcello - Manual de Direito Administrativo, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 1991.
5. Canaris, Claus-Wilhelm - Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, Ed. Fund. Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989.
6. Canotilho, J. J. Gomes - Direito Constitucional, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 1991.
7. Couto e Silva, Almiro do - Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo, Rev. de Dir. Público, vol. 84, out-dez/87.
8. Cretella Júnior, José - Curso de Direito Administrativo, Forense, Rio de Janeiro, 1989.
9. Engisch, Karl - Introdução ao Pensamento Jurídico, 5ª ed., Ed. Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 1979.
10. Enterría, Eduardo Garcia de e Fernandez, Tomás-Ramon - Curso de Direito Administrativo, Ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1991.
11. Enterría, Eduardo García de - O Princípio da Legalidade na Constituição Espanhola, Rev. de Direito Público, n. 86, abr-jun/88.
12. Faria, José Eduardo - Eficácia Jurídica e Violência Simbólica, Ed. da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1988.
13. Foucault, Michel - Microfísica do Poder, 8ª edição, Edições Graal, Rio de Janeiro, 1989.
14. Foucault, Michel - Un Dialogo Sobre el Poder, Alianza Editorial, Madrid, 1988.
15. Gordillo, Augustín A. - Tratado de Derecho Administrativo, Ediciones Macchi, Buenos Aires. 1987.
16. Grau, Eros Roberto - Poder Discricionário, Rev. de Direito Público, n. 93., jan-mar/90, p. 41 e seguintes.
17. Júnior, Humberto Theodoro - Curso de Direito Processual Civil, 39ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, vol. I, 2003.
18. Habermas, Jürgen - Mudança Estrutural na Esfera Pública, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1984.
19. Irti, Natalino - L'Età della Decodificazione, Rev. de Direito Civil, vol. 10.
20. Kelsen, Hans - Teoria Geral das Normas, Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, 1986.
21. Kelsen, Hans - Teoria Pura do Direito, 2ª ed., Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1987.
22. Kimminich, Otto - Jurisdição Constitucional e Princípio da Divisão de Poderes, Rev. de Direito Público, n. 92, out/dez 89.
23. Larenz, Karl - Metodologia da Ciência do Direito, 2ª ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989
24. Lima, Ruy Cirne - Princípios de Direito Administrativo, 5a. ed., Ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1982.
25. Lima, Ruy Cirne - A Relação Jurídica no Direito Administrativo, Rev. de Direito Público, n. 85, jan-mar/88,
26. Meirelles, Hely Lopes - Direito Administrativo Brasileiro, 16ª ed., Ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1991.
27. Mello, Celso Antônio Bandeira de - Desvio de Poder, Rev. Direito Público, n. 89, jan-mar/89.

28. Mello, Celso Antônio Bandeira de - Discricionariedade e Controle Jurisdicional, Malheiros Editores Ltda, São Paulo, 1992.

29. Mello, Celso Antônio Bandeira de - Elementos de Direito Administrativo, Ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo, 1984.

30. Paulsen, Leandro - Direito Tributário, 6ª edição, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004.

31. Pietro, Maria Sylvania Zanella Di - Direito Administrativo, Atlas, São Paulo, 1990.

32. Pietro, Maria Sylvania Zanella Di - Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, Atlas, São Paulo, 1991.

33. Silva, José Afonso da - Direito Constitucional Positivo, 7ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991.