



O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA EDIÇÃO DE NORMAS ADMINISTRATIVAS

ARTIGO ORIGINAL

ESCUDERO, Fernando¹

ESCUDERO, Fernando. **O princípio da legalidade na edição de normas administrativas.** Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 06, Ed. 07, Vol. 09, pp. 31-49. Julho de 2021. ISSN: 2448-0959, Link de acesso: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/normas-administrativas>, DOI: 10.32749/nucleodoconhecimento.com.br/lei/normas-administrativas

RESUMO

É de maneira clara e objetiva que a previsão constitucional exige o cumprimento da legalidade. Contudo, o que se vê é um aumento de normas superficiais editadas por entidades e organizações que não compõem o Poder Legislativo. O presente trabalho busca discutir, sob o ponto de vista doutrinário e jurisprudencial, a observância ou infração ao princípio da legalidade ao atribuir tamanho poder a normas editadas por órgãos vinculados ao Poder Executivo. Utilizando da metodologia de pesquisa bibliográfica, foi possível concluir que, diversos dos regulamentos e das decisões editadas acabam por extrapolar as providências legais, por consequência afetam o fundamento dela.

Palavras-chave: Direito Administrativo, princípio e norma, princípio da legalidade, normas administrativas.

¹ Advogado, sócio do escritório Escudero e Ziebarth Advogados, mestrando em Direito Urbanístico pela PUC/SP, graduado pela PUC/SP (2009).



1. INTRODUÇÃO

No âmbito do direito administrativo segue-se o mantra do princípio da legalidade estrita. Reflexo direto do Estado de Direito, referido princípio deve ser interpretado com certa parcimônia, na medida em que é infactível pensar em uma administração pública que tenha no corpo das leis em sentido amplo todas as ações previamente estabelecidas para todas as situações de fato que enfrentará em sua gestão.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso II, estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Ainda na Constituição, em seu artigo 37, o legislador assevera que a administração pública, em todos os seus níveis, deve obediência ao princípio da legalidade, adicionalmente aos princípios da imparcialidade, moralidade, publicidade e eficiência. (BRASIL, 1988)

A previsão constitucional clara e objetiva, de exigência do cumprimento da legalidade sem ressalvas, acentua não haver espaço para a delegação legislativa da atividade à órgãos do Poder Executivo. No entanto, o que se verifica é a multiplicação de normas genéricas editadas por órgãos e entidades que não integram o Poder Legislativo, como é o caso do CONAMA, na medida em que o próprio Poder Legislativo, ciente de suas limitações, tem conferido para outras entidades ou órgãos parte da competência normativa.

Nesse sentido, foi reconhecida juridicamente a legitimidade do CONAMA de editar normas que criam, alteram ou extinguem obrigações sobre questões ambientais, conforme se verifica de inúmeros julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça e que serão apresentados neste estudo.

Assim, espera-se que o CONAMA, ao editar resoluções protetivas ambientais, não busque sobrepor seu poder ao de nenhuma outra lei, extrapolando, assim, sua competência, mas que vincule seu entendimento às normas aplicáveis, nos termos do que estabelece o artigo 24, inciso VI e §§ 1º ao 4º da Constituição Federal.

RC: 91801

Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/normas-administrativas>



Tal não foi o entendimento da justiça paulista, ao atribuir à Resolução CONAMA no. 01/1986, no âmbito da ação civil pública no. 1050491-68.2019.8.26.0053, poder de determinar se um projeto de lei pode ou não ser apreciado pela Câmara de Vereadores, quando o projeto de lei não seguir os ditames da resolução.

Algumas resoluções do CONAMA ou de outros órgãos ou entidades não integrantes do Poder Legislativo podem conter disposições contrárias ao direito posto, e o que se pretende discutir no presente estudo é se a interpretação que vem sendo dada às normas infralegais (limitando a abrangência da lei) ferem ou não o princípio da legalidade.

2. CONCEITO DE PRINCÍPIO

O princípio é norma jurídica que pode ser invocada para controle da juridicidade do Estado; é o conjunto de proposições que dão alicerce ou embasam o sistema, garantindo-lhe validade.

O princípio é mandamento nuclear de um sistema, seu verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conforme ensina Mello (2011, p. 966 e 967).

De acordo com Gasparini (2003, p. 6), os princípios podem ser: (i) onivalentes (quando podem ser aplicados a qualquer sistema), (ii) plurivalentes (quando podem ser aplicados para um grupo de ciências) ou (iii) monovalentes (quando podem ser aplicados a apenas uma ciência), como é o caso do princípio da legalidade, cuja ciência atrelada é o Direito. Os princípios monovalentes ainda se dividem em dois grupos: (a) princípios gerais (aplicáveis para um ramo de uma dada ciência) ou (b) princípios específicos (aplicáveis para uma parte de um ramo de uma ciência específica).



No Direito Positivo Brasileiro, verifica-se que a Constituição Federal, em seu artigo 37, enumera as normas principiológicas[2] da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência a serem observadas pela administração pública como um todo. Adicionalmente a essas normas principiológicas, a Constituição Estadual de São Paulo ainda previu os princípios da razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público (artigo 111).

Conforme Silva (2007, p. 92 e 93), ao citar Gomes Canotilho, os princípios constitucionais seriam divididos, basicamente, em duas categorias: os princípios constitucionais, que se constituem daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, e os princípios jurídico-constitucionais, que são princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional que decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos ou princípios derivados, como o princípio da legalidade objeto do presente estudo.

Já para Oliveira (2017, p. 34 e 35),

Com o intuito de sistematizar o estudo dos diversos princípios existentes no ordenamento no ordenamento pátrio, os princípios jurídicos podem ser classificados a partir de dois critérios. Em primeiro lugar, a partir da amplitude de aplicação no sistema normativo, os princípios podem ser divididos em três categorias:

a)Princípios fundamentais: são aqueles que representam as decisões políticas estruturais do Estado, servindo de matriz para todas as demais normas constitucionais (ex.: princípios republicanos, federativo, da separação de poderes);

b)Princípios gerais: são, em regra, importantes especificações dos princípios fundamentais, possuindo, no entanto, menor grau de abstração e irradiando-se sobre todo o ordenamento jurídico (ex.: princípios da isonomia, princípio da legalidade);

c)Princípios setoriais ou especiais: são aqueles que se aplicam a determinado tema, capítulo ou título da Constituição (ex.: princípios da Administração Pública previstos no art. 37 da CRFB: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).



A segunda classificação leva em consideração a menção expressa ou implícita dos princípios nos textos normativos:

a)Princípios expressos: são aqueles expressamente mencionados no texto da norma (ex.: princípios da Administração Pública, citados o art. 37 da CRFB); e

b)Princípios implícitos: são os princípios reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência a partir da interpretação sistemática do ordenamento jurídico (ex.: princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, da segurança jurídica).

Violar um princípio não é o mesmo que violar uma regra, na medida em que se viola todo o sistema, consubstanciando a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade a serem combatidas pelo Poder Judiciário, conforme preceitua a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV. (BRASIL, 1988)

Tais acepções de princípio seguem a linha defendida por Mello (2011, p. 966 e 967), que define o princípio como mandamento nuclear do ordenamento jurídico. Ou seja, uma norma será princípio ou regra a depender do seu grau de fundamentalidade, de acordo com a sua importância dentro do ordenamento jurídico.

Outra ótica bastante difundida no direito brasileiro é a definição de princípio de acordo com a sua estrutura lógico-normativa. Tal acepção se baseia na compreensão trazida por Ronald Dworkin (2010) e Robert Alexy (2011), que traz o princípio como mandamento de otimização. O princípio é aplicado de acordo com sua dimensão de peso ou importância no caso concreto. Para Alexy (2011), os princípios são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, observando o caso concreto. Assim, havendo dois princípios que regulam situações antagônicas para a mesma situação em concreto, cada princípio deverá ser aplicado na maior medida possível de modo a ambos os princípios coexistirem e incidirem no fato.

Na linha de Dworkin (2010), se dois princípios colidirem em uma situação concreta, caberá ao intérprete a aplicação do peso de cada um para definir o deslinde do caso, mantendo ambos os princípios dentro do ordenamento jurídico. Ou seja, a

RC: 91801

Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/normas-administrativas>



aplicação de um princípio de maneira mais incisiva que outro não anula ou invalida o outro princípio, o qual, em uma outra situação, pode ser aplicado de forma mais contundente que o princípio anterior.

Assim, será princípio a norma que pode ser aplicada em certa medida sem que a norma perca sua validade.

3. DIFERENÇA ENTRE REGRA E PRINCÍPIO

Todas as normas constitucionais são consideradas normas jurídicas e, com relação à estrutura, poderão ser divididas em princípios e regras.

Conforme Oliveira (2017), a doutrina vem apresentando diferentes critérios para distinguir essas duas categorias, com destaque para:

a) Critério da abstração: os princípios possuem grau de abstração maior que as regras, pois os princípios admitem uma série indefinida de aplicações e as regras direcionam-se a situações determinadas;

b) Critério da aplicação e do conflito normativo: os princípios são considerados “mandamentos de otimização”, que determinam a realização de algo na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, admitindo aplicação gradativa. Enquanto a colisão entre princípios é resolvida pela ponderação de interesses, no caso concreto, o conflito entre regras é resolvido na dimensão da validade (“tudo ou nada”), ou seja, a regra é válida ou inválida, a partir dos critérios da hierarquia, especialidade e cronológico.

Sem olvidar da importância do critério distintivo de aplicação da resolução de conflitos entre princípios e regras, é importante notar que, em determinadas circunstâncias o mencionado critério não será absoluto, admitindo-se a relativização do critério do “tudo ou nada”. Assim como ocorre na colisão entre princípios, o conflito entre regras, em certos casos, pode ser resolvido pela dimensão de peso, e não necessariamente pelo critério de validade (ex.: inaplicabilidade, no caso concreto, do art. 1º da Lei 9.494/1997, que proíbe a concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgote o objeto do litígio, para impor ao Estado o dever de fornecer medicamentos para pessoas carentes) (OLIVEIRA, 2017, p. 34).

Esclarece Canotilho (2003, p. 1.215) que:

RC: 91801

Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/normas-administrativas>



Regras são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (...) Princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de 'tudo ou nada'; impõem a optimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a 'reserva do possível', fáctica ou jurídica.

Os princípios são superiores às regras, na medida em que são seu fundamento, de forma que, havendo conflito, deverá prevalecer a sua aplicação. Neste sentido, leciona Suannes (2009, p. 110):

Diante desse aparente confronto entre a norma constitucional e os princípios que a norteiam, até por uma questão de coerência interna, a conclusão só pode ser uma: desde que uma norma constitucional se mostre contrária a um princípio, há de prevalecer o princípio.

Segundo Mello (2011, p. 967), as regras divergem dos princípios em razão da sua importância para o ordenamento jurídico. A infração a uma regra é algo previsto pelo ordenamento que pode gerar sanções; a infração a um princípio implica em ofensa a todo ordenamento.

As classificações trazidas até aqui diferenciam regra e princípio em razão do grau de fundamentalidade dentro do ordenamento. Ou seja, se a norma for fundamental para a sustentação do ordenamento jurídico, será ela um princípio. Se a norma for criada em decorrência de um princípio, será, portanto, uma regra.

Na acepção lógico-normativa a diferenciação de regra e princípio se dará em razão da sua incidência ao fato. Segundo Dworkin (2010), as regras se aplicam de forma integral ou nula, ou seja, "tudo ou nada"; não existe a aplicação de regra de forma parcial ou ponderada. Ao se deparar com um conflito de regras, uma deverá ser aplicada em detrimento da outra, que será considerada inválida.

Considerando ambas as principais acepções de regras e princípios, verifica-se que a legalidade se aplica como um princípio em ambos os casos, seja por seu grau de fundamentalidade dentro do ordenamento, seja em razão da sua aplicação da maior



medida possível quando a situação concreta revela um conflito entre o princípio da legalidade e o princípio da estrita legalidade.

4. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A atual Carta Constitucional, em seu art. 5º, inciso II, aduz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. E não em “virtude de” resoluções, decretos, normas, portarias ou demais atos reguladores. Logo, a administração pública não poderá exigir de terceiro comportamento que não aquele expressamente previsto em lei, salvo se previsto de forma contrária; tampouco poderá expedir resoluções, instruções, portarias ou demais atos reguladores como forma de limitar a liberdade dos administrados, salvo se em lei houver essa permissão.

Já em seu artigo 37, a Constituição estabelece que a administração pública somente poderá agir em estrita obediência à lei. Nesse sentido, Meirelles (1997, p. 89) ensina que:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Vale dizer, a função do ato administrativo será a de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe será assistido instaurar de forma originária qualquer restrição a direitos de terceiros (MELLO, 2011), o que também é corroborado pela Constituição Federal ao estipular que compete exclusivamente ao Presidente da República o poder de sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, assim como o de expedir decretos e regulamentos que sejam necessários para sua fiel execução (artigo 84, inciso IV). Ou seja, pressupõem existir uma lei específica que dê embasamento.



As disposições legais acima mencionadas atribuem ao princípio da legalidade uma faceta muito estrita e rigorosa, não deixando brechas para que o Poder Executivo se desvincile de suas amarras, ultrapassando o que lhe compete.

Qualquer ação exercida pelo Estado sem o devido suporte legal ou que excede o disposto na lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de atuação acaba sendo relativamente menor comparado ao do particular. Conforme ensina Gasparini (2003, p. 8):

De fato, este [o particular] pode fazer tudo o que a lei permite e tudo que a lei não proíbe; aquela [a administração pública] só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza. Vale dizer, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo em situações excepcionais (grave perturbação da ordem e guerra quando irrompem inopinadamente). A esse princípio também se submete o agente público. Com efeito, o agente da Administração Pública está preso à lei, e qualquer desvio de sua competência pode invalidar o ato e tornar o seu autor responsável, conforme o caso, disciplinar, civil e criminalmente.

Gasparini (2003) segue narrando que:

Esse princípio orientou o constituinte federal na elaboração do inciso II do art. 5º da Constituição da República, que estatui: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Essa regra, todos sabem, se de um lado prestigia e resguarda o particular contra investidas arbitrárias da Administração Pública, de outro exige lei para os comportamentos estatais, pois quaisquer desses comportamentos, por mínimos que sejam, alcançam o particular.

O princípio da legalidade administrativa é considerado produto do liberalismo que, conforme Locke (1998, p. 503) e Rousseau (1996, p.72), pregava a superioridade do Poder Legislativo.

O princípio da legalidade não incide tão somente sobre a atividade administrativa, mas também se aplica à atividade legislativa. É a representação popular, o legislativo, que, de forma impessoal, define os interesses públicos, os meios e



modos de persegui-los, cabendo ao Poder Executivo dar-lhes a concreção necessária (MELLO, 2011).

Nos ensinamentos de Canotilho (1995, p. 36), a legalidade comporta dois importantes desdobramentos: (a) supremacia da lei: a lei prevalece de forma a representar uma limitação para a atuação do administrador. Na ausência da lei, poderia ele então atuar com maior liberdade para atender ao interesse público; e (b) reserva da lei: o tratamento de algumas matérias deve necessariamente ser formalizado pela legislação, excluindo a utilização de outros atos com caráter normativo. Ou seja, a validade da atuação dos agentes públicos é condicionada à prévia autorização legal.

Atualmente, tem prevalecido o entendimento de que a atuação do administrador depende de habilitação legal prévia para ser considerada legítima, enquanto na administração popular tudo o que está previsto em lei é lícito de ser feito (MEIRELLES, 1997, p. 82).

No entanto, o princípio da legalidade também deve ser interpretado considerando o papel do administrador da lei, que não é o de mero aplicador. A interpretação da lei depende de um processo criativo-interpretativo, de forma que nenhuma lei se exaure em si sem que haja a necessidade de um ator social para interpretá-la (seja um juiz, seja a própria a administração pública).

Adicionalmente, conforme leciona Oliveira (2017, p. 37):

(...) com a crise da concepção liberal do princípio da legalidade e o advento do Pós-positivismo, a atuação administrativa deve ser pautada não apenas pelo cumprimento da lei, como também pelo respeito aos princípios constitucionais, com o objetivo de efetivar os direitos fundamentais. A ausência de restrições aos direitos fundamentais e o próprio consenso do cidadão serviriam como fonte de legitimação para essa atuação pública, sem que houvesse a necessidade de embasamento específico na lei, desde que respeitado o princípio da isonomia.



A legalidade se encontra inserida no princípio da juridicidade, que exige a submissão da atuação administrativa ao Direito e à lei, de acordo com o estabelecido na Lei no. 9.784/1999 (artigo 2º, parágrafo único, inciso I).

O princípio da juridicidade confere maior importância ao Direito como um todo, de onde deriva então a obrigação de se respeitar a noção da legitimidade do Direito.

A atuação da administração pública deve estar pautada pela efetividade da Constituição Federal e pelos parâmetros da legalidade, da legitimidade e demais parâmetros atrelados ao Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, ao se analisar o princípio da legalidade com o princípio da estrita legalidade aplicado à administração verifica-se que esse conflito acaba por exaurir o conteúdo jurídico do princípio da legalidade em prol da inércia. Quando a efetivação do princípio da legalidade depende de ato expedido pela administração pública, mas esta não está expressamente autorizada a realizar tal ato, resulta na impossibilidade de se exercer o direito, vez que o ato administrativo não será expedido.

A efetividade da Constituição Federal não é observada quando existe tal conflito entre o princípio da legalidade em contraposição com o princípio da legalidade estrita.

O mesmo se observa com a edição de normas infralegais procedimentais que determinam obrigações muitas vezes inatingíveis para se obter um direito previsto em lei. Um desses exemplos é a Ordem Interna no. 03/2018, editada pela Subsecretaria de Rendas Mobiliárias da Prefeitura de São Paulo, que impôs a realização de procedimentos tão complexos para que clubes paulistanos recebam a isenção do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU que culminou por negar a isenção do imposto a todos os clubes desde a sua criação.

Embora a lei não preveja um procedimento específico para a concessão da isenção (vez que a definição do procedimento compete aos decretos e resoluções), o

RC: 91801

Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/normas-administrativas>



conteúdo normativo do ato infralegal acaba por esvaziar o conteúdo legislativo, em desrespeito ao princípio da legalidade.

Todas as hipóteses aqui tratadas são formas diferentes de infração ao princípio da legalidade, porém todas elas acabam por esvaziar, de alguma forma, a incidência do princípio e não apenas a sua ponderação.

5. DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL À APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO CASO DAS RESOLUÇÕES CONAMA

A competência do CONAMA é definida pelo artigo 8º, da Lei no. 6.938/1981, e abrange as seguintes atribuições:

I - Estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA; (Redação dada pela Lei nº 7.804, de 1989)

II - determinar, quando julgar necessário, a realização de estudos das alternativas e das possíveis consequências ambientais de projetos públicos ou privados, requisitando aos órgãos federais, estaduais e municipais, bem assim a entidades privadas, as informações indispensáveis para apreciação dos estudos de impacto ambiental, e respectivos relatórios, no caso de obras ou atividades de significativa degradação ambiental, especialmente nas áreas consideradas patrimônio nacional. (Redação dada pela Lei nº 8.028, de 1990)

III - (revogado);

IV - homologar acordos visando à transformação de penalidades pecuniárias na obrigação de executar medidas de interesse para a proteção ambiental; (VETADO);

V - determinar, mediante representação do IBAMA, a perda ou restrição de benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público, em caráter geral ou condicional, e a perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito; (Redação dada pela Vide Lei nº 7.804, de 1989)



VI - estabelecer, privativamente, normas e padrões nacionais de controle da poluição por veículos automotores, aeronaves e embarcações, mediante audiência dos Ministérios competentes;

VII - estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos.

Parágrafo único. O Secretário do Meio Ambiente é, sem prejuízo de suas funções, o Presidente do Conama. (Incluído pela Lei nº 8.028, de 1990)

O CONAMA se revela órgão de extrema relevância, na medida em que edita resoluções que estabelecem padrões de qualidade ambiental e que aproximam o Estado, as entidades ambientalistas e o setor produtivo. Trata-se de órgão normativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA instituído pelo próprio Poder Legislativo ao estabelecer, nos termos da Lei no. 6.938/1981, a Política Nacional do Meio Ambiente.

De acordo com a Lei no. 6.938/1981, o CONAMA possui competência normativa para estabelecer normas, padrões e critérios visando disciplinar, tecnicamente, conceitos e parâmetros de emissão, ejeção e emanação de agentes poluidores. A legitimidade material das decisões do CONAMA já foi reconhecida judicialmente pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica dos julgados abaixo:

RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE REGISTRO DE LOTEAMENTO ÀS MARGENS DE HIDRELÉTRICA. AUTORIZAÇÃO DA MUNICIPALIDADE. IMPUGNAÇÃO OFERECIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL. RESOLUÇÃO N. 4/85-CONAMA. INTERESSE NACIONAL. SUPERIORIDADE DAS NORMAS FEDERAIS. No que tange à proteção ao meio ambiente, não se pode dizer que há predominância do interesse do Município. Pelo contrário, é escusado afirmar que o interesse à proteção ao meio ambiente é de todos e de cada um dos habitantes do país e, certamente, de todo o mundo. Possui o CONAMA autorização legal para editar resoluções que visem à proteção das reservas ecológicas, entendidas como as áreas de preservação permanentes existentes às margens dos lagos formados por hidrelétricas. Consistem elas normas de caráter geral, às quais devem estar vinculadas as normas estaduais e municipais, nos



termos do artigo 24, inciso VI e §§ 1º e 4º, da Constituição Federal e do artigo 6º, incisos IV e V, e §§ 1º e 2º, da Lei n. 6.938/81. Uma vez concedida a autorização em desobediência às determinações legais, tal ato é passível de anulação pelo Judiciário e pela própria Administração Pública, porque dele não se originam direitos. A área de 100 metros em torno dos lagos formados por hidrelétricas, por força de lei, é considerada de preservação permanente e, como tal, caso não esteja coberta por floresta natural ou qualquer outra forma de vegetação natural, deve ser reflorestada, nos termos do artigo 18, caput, do Código Florestal. Qualquer discussão a respeito do eventual prejuízo sofrido pelos proprietários deve ser travada em ação própria, e jamais para garantir o registro, sob pena de irreversível dano ambiental. Segundo as disposições da Lei 6.766/79, “não será permitido o parcelamento do solo em áreas de preservação ecológica (...)” (art.3º, inciso V). Recurso especial provido. (REsp 194.617/PR, Rel. Ministro Franciulli Netto, segunda turma, julgado em 16.04.2002, dj 01/07/2002, p. 278)

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. OBRA EMBARGADA PELO IBAMA, COM FUNDAMENTO NA RESOLUÇÃO DO CONAMA N. 303/2002. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. EXCESSO REGULAMENTAR. NÃO-OCORRÊNCIA. ART. 2º, ALÍNEA ‘F’, DO CÓDIGO FLORESTAL NÃO-VIOLADO. LOCAL DA ÁREA EMBARGADA. PRETENSÃO DE ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO-CONHECIDO. 1. O fundamento jurídico da impetração repousa na ilegalidade da Resolução do Conama n. 303/2002, a qual não teria legitimidade jurídica para prever restrição ao direito de propriedade, como aquele que delimita como área de preservação permanente a faixa de 300 metros medidos a partir da linha de preamar máxima. 2. Pelo exame da legislação que regula a matéria (Leis 6.938/81 e 4.771/65), verifica-se que possui o Conama autorização legal para editar resoluções que visem à proteção do meio ambiente e dos recursos naturais, inclusive mediante a fixação de parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente, não havendo o que se falar em excesso regulamentar. 3. Assim, dentro do contexto fático delineado no acórdão recorrido, e, ainda, com fundamento no que dispõe a Lei n. 6.938/81 e o artigo 2º, “f”, da Lei n. 4.771/65, devidamente regulamentada pela Resolução Conama n. 303/2002, é inafastável a conclusão a que chegou o Tribunal de origem, no sentido de que os limites traçados pela norma regulamentadora para a construção em áreas de preservação ambiental devem ser obedecidos. 4. É incontroverso nos autos que as construções sub judice foram implementadas em área de restinga, bem como que a distância das edificações está em desacordo com a regulamentação da Resolução Conama n. 303/2002. Para se aferir se o embargo à área em comento se deu apenas em razão de sua



vegetação restinga ou se, além disso, visou à proteção da fixação de dunas e mangues, revela-se indispensável a reapreciação do conjunto probatório existente no processo, o que é vedado em sede de recurso especial em virtude do preceituado na Súmula n. 7, desta Corte. 5. Recurso especial não-conhecido. (REsp 994.881/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, primeira turma, Superior Tribunal de Justiça, julgado em 16/12/2008. dj. 09/09/2009)

O Supremo Tribunal Federal, ao alçar as resoluções do CONAMA a normas regulamentadoras da Constituição Federal, concedeu ao órgão poder similar às casas legislativas que seriam as únicas capazes de criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações.

No processo judicial no. 1050491-68.2019.8.26.0053, a justiça paulistana foi ainda mais além: rebaixou a lei que cria um Projeto de Intervenção Urbana a ato administrativo e declarou sua ilegalidade, vez que afrontaria a Resolução CONAMA no. 01/1986, que é uma norma infralegal. Ou seja, a criação das leis deve observar norma editada por órgão subordinado ao Poder Executivo, sob pena de não serem recebidas pelo ordenamento jurídico.

A finalidade de uma resolução consiste apenas na regulamentação de leis em sentido estrito, não estando aptas a criar, autonomamente, obrigações no mundo jurídico. Ou seja, uma resolução jamais pode ser utilizada como único fundamento normativo de invalidar um Projeto de Lei Municipal, sobretudo quando esta autuação resulta na imposição de uma penalidade tão grave e de consequências tão nefastas, como é o caso de impor ao Projeto de Lei do PIU Arco Pinheiros a obrigatoriedade de observar a Resolução do CONAMA. Quando muito, as resoluções são admitidas como instrumentos de apoio, mas nunca como exclusivas ferramentas de fundamentação.

Como bem destacado por Ataliba (1968, p. 21), “O sistema só requer ou admite regulamento, como instrumento de adaptação ou ordenação do aparelho administrativo, tendo em vista, exatamente, a criação de condições para a fiel execução das leis”.



A imposição de penalidades, por exemplo, decorrentes de suposto descumprimento de obrigação ambiental, só poderia eventualmente subsistir para ações concretas do poder público ou particulares, mas nunca como fundamento para a validade da lei.

Nesse sentido, Mello (2011, p. 102 e 103) esclarece que:

A Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria, ou seja, lá que ato for para coarctar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar.

E prossegue concluindo que:

Administração é atividade subalterna à lei; que se subjuga inteiramente a ela; que está completamente atrelada à lei; que sua função é tão-só a de fazer cumprir lei preexistente, e, pois, que regulamentos independentes, autônomos ou autorizados são visceralmente incompatíveis com o Direito brasileiro. (MELLO, 2011, p. 102 e 103)

Outro não é o entendimento da nossa jurisprudência, que reconhece a ilegalidade dos atos administrativos pautados em resoluções ou outros preceitos normativos distintos de lei:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO. IBAMA. IMPOSIÇÃO DE MULTA. PORTARIA 267-P/88. DECRETO-LEI Nº 289/67. ILEGALIDADE DAS PENALIDADES IMPOSTAS. Ofensa ao princípio da legalidade porquanto somente lei pode prever a aplicação de penalidades pela prática de infrações administrativas ou penais (TRF2, quarta turma, Apelação Cível n.º 151447, Relator: Rogério Carvalho, julgado em 09/03/2000).

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO. IBAMA. IMPOSIÇÃO DE MULTA. (...) I – São ilegais as multas impostas com base em portarias, por não encontrarem respaldo no ordenamento jurídico vigente. Isto porque, o ato administrativo não pode criar obrigações ou impor penalidades, sob pena de infringência ao princípio constitucional da legalidade, segundo o qual ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, a teor do disposto no artigo 5º, inciso II,



da Constituição Federal (TRF2, quinta turma, Apelação Cível n.º 139245, Relator: Antonio Cruz Netto, julgado em 22/04/2005).

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. TRANSPORTE DE PRODUTOS DE RISCO. PUNIÇÃO COM BASE EM DECRETO. (...) 2. A imposição de penas sujeita-se à legalidade estrita, não havendo espaço para a atividade discricionária do ente fiscalizador. A conveniência e a oportunidade da punição é matéria reservada ao exame do legislador, anterior à atividade fiscal, que justifica a elaboração ou não de lei que submete determinadas atividades à regulamentação e à fiscalização do Estado (TRF4, terceira turma, Apelação Cível n.º 200004010039752. Relatora: Taís Schilling Ferraz, julgado em 17/07/2002).

O Superior Tribunal de Justiça, em julgado de matéria tributária cujo entendimento, por analogia, pode ser aplicado à matéria objeto do presente estudo, entendeu que:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO. EXIGÊNCIA DE DÉBITO EM CONTA CORRENTE. IMPOSSIBILIDADE. PORTARIA N.º 02/02 PGFN/SRF. PAGAMENTO MEDIANTE DARF. POSSIBILIDADE.

1. O Direito Tributário tem como princípio basilar a legalidade.
2. A modalidade de débito em conta como condição imposta pela Fazenda Nacional para deferir o parcelamento do débito tributário não encontra respaldo em lei.
3. A Lei nº 10.522/2002, em seu art. 10 e seguintes, prevê a possibilidade de parcelamento dos débitos existentes junto à Fazenda Nacional, em nada dispendo acerca da obrigatoriedade de débito automático em conta corrente, das parcelas acertadas, para a quitação do débito.
4. O art. 20, da Portaria PGFN/SRF nº 02/02, ao criar óbices ao instituto do parcelamento, não previsto na Lei n.º 10.522/02, acabou por violar o princípio da reserva legal.



5. A própria Lei nº 10.522/02 instituiu em favor da Fazenda Nacional a garantia de rescindir, imediatamente, o parcelamento quando o contribuinte deixar de pagar duas parcelas, monstrando-se (sic) despiciendo a garantia do débito automático em conta corrente, como forma de assegurar a pronta satisfação do crédito tributário.
6. Recurso especial desprovido. (REsp 1.085.907/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, primeira turma, julgado em 05/05/2009, dje 06/08/2009)

E, do voto do Ministro Luiz Fux, destaca-se que:

Conforme se depreende dos mencionados dispositivos, não há qualquer obrigação para que o sujeito passivo realize os pagamentos mediante débito automático em conta corrente. Assim, não dispondo a lei acerca dessa exigência, não poderia o ato regulamentar - Portaria Conjunta PGFN/SRF nº 02/2002 - criar óbice que a própria lei não impôs.

O artigo 20, da mencionada portaria assim dispõe:

Art. 20. Por ocasião da apresentação do pedido, o sujeito passivo deverá apresentar à unidade da SRF, em duas vias, a autorização para débito em conta de prestações de parcelamento, de que trata o Anexo III, com os quadros I, III e IV preenchidos, devendo constar do quadro V o abono da agência bancária onde o débito em conta deverá ser efetivado.

- 1º Para os fins deste artigo, somente serão admitidas contas correntes movimentadas em instituições financeiras credenciadas pela Coordenação-Geral de Administração Tributária (Corat).

A Portaria Conjunta no. 02/2002 constitui espécie jurídica de caráter secundário, cuja validade e eficácia resulta, imediatamente, de sua estrita observância aos

RC: 91801

Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/normas-administrativas>



limites impostos por leis, tratados, convenções internacionais ou decretos presidenciais, de quem devem constituir normas complementares.

Sobre o tema, a doutrina esclarece o seguinte:

O art. 100 do CTN, por seu turno, dá uma ampla dimensão à regulamentação a ser editada na órbita do Poder Executivo, estabelecendo, no elenco das denominadas normas complementares - entendidas como fontes secundárias, complementares ou subsidiárias da legislação tributária - que são elas compostas de: Atos, normativos expedidos pelas autoridades administrativas. São as instruções ministeriais, as portarias ministeriais e atos expedidos pelos chefes de órgãos ou repartições; as instruções normativas expedidas pelo Secretário da Receita Federal; as circulares e demais atos normativos internos da Administração Pública, que são vinculantes para os agentes públicos, mas não podem criar obrigações tributárias para os contribuintes que já não estejam previstas na lei ou no decreto decorrente. (AMARAL, 1998, p. 40 e 41)

Nesse sentido, verifica-se que o artigo 20 da Portaria Conjunta no. 02/02 da PGFN/SRF aponta exegese que rompe com a hierarquia normativa que deve ter com a lei de regência, *in casu*, Lei no. 10.522/02, o que implica, à evidência, afronta ao princípio da legalidade estrita, porquanto estabelece condição não prevista em lei.

As normas infralegais aqui citadas revelam uma conduta típica da administração pública de buscar criar obrigações aos particulares por meio de decretos e resoluções em contraposição ao disposto no princípio da legalidade exposto no artigo 5º da Constituição Federal. Tais normas são editadas comumente com o pretexto de estar apenas regulamentando a aplicação do direito posto pela legislação. No entanto, criam procedimentos a serem seguidos pelos agentes públicos que resultam em anulação do direito previsto em lei, ou mesmo do direito decorrente da aplicação direta do princípio da legalidade do artigo 5º da Constituição Federal. Ou seja, o direito não é regulado por qualquer norma.



O Supremo Tribunal Federal, em questões ambientais, reconheceu poder normativo apenas ao CONAMA, permitindo ao órgão a criação, alteração e extinção de direitos e deveres independentemente das leis existentes. Os demais órgãos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA não são dotados de tal poder normativo, vez que suas resoluções, para obrigar os particulares, devem seguir as determinações legais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação de obrigações por meio de normas infralegais tem sido um tema amplamente discutido pela doutrina nacional principalmente no tocante às normas ambientais, urbanísticas e do Conselho Nacional de Justiça - CNJ. Muitas das resoluções e decretos editados acabam extrapolando as previsões legais e, consequentemente, afetando o princípio da legalidade previsto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Existe parte da doutrina que defende a constitucionalidade dessas resoluções, como é o caso de Grau (2008), que defende que a visão pela qual não se poderia criar obrigações através de regulamentos parte de uma premissa equivocada da teoria da separação dos poderes, interpretando-a como poderes autônomos e distintos e não como um equilíbrio entre os poderes.

Os regulamentos poderiam ser divididos em duas espécies, (i) aqueles vinculados às definições da lei e (ii) aqueles vinculados às definições decorrentes da lei. Este segundo regulamento permitiria a inovação na ordem jurídica por meio de resoluções e decretos.

Essa leitura do princípio da legalidade, associada às disposições programáticas e genéricas da Constituição, na questão ambiental, permitiram ao Supremo Tribunal Federal reconhecer o CONAMA como órgão normativo cujas resoluções não inovam na ordem jurídica, mas apenas regulamentariam a disposição do artigo 225 da



Constituição Federal, que prevê o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O poder normativo atribuído ao CONAMA visa regular a conduta da administração pública e dos administrados dispondendo as regras e procedimentos que devem ser seguidos para o desenvolvimento associado à preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ou seja, os atos administrativos e as condutas dos particulares dependem da observância das normas editadas pelo CONAMA. O processo judicial no. 1050491-68.2019.8.26.0053 inovou no entendimento dado aos regulamentos ao vincular o processo legislativo à observância da Resolução CONAMA no. 01/1986. O processo de criação das leis está previsto na Constituição Federal em seus artigos 61 e seguintes e vincular a validade formal de uma lei à observância de resoluções editadas pelo CONAMA implica em conceder ao órgão poder similar ao constituinte derivado.

A doutrina e a jurisprudência aqui trazidas revelam a preponderância do princípio da legalidade quando em conflito com outros princípios constitucionais, com pontuais exceções quando a ofensa ao princípio surge em defesa do princípio da preservação do meio ambiente, ou da moralidade administrativa, como é o caso das resoluções editadas pelo CNJ.

Apesar dessas exceções pontuais, os tribunais reconhecem o poder normativo apenas do CONAMA e do CNJ; não se atribui o mesmo tratamento para outros órgãos de preservação do meio ambiente como o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, vez que tais órgãos não possuem caráter meramente normativo. Assim, ainda que outros órgãos regulamentem a aplicação do princípio da preservação do meio ambiente, não lhes é reconhecido o poder de criar ou alterar obrigações por meio de resoluções.



O poder normativo concedido ao CNJ e ao CONAMA não resultam, portanto, da ofensa ao princípio da legalidade, mas sim como resultado da ponderação de princípios constitucionais igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico, vez que os princípios da moralidade administrativa e da preservação do meio ambiente possuem caráter amplo e genérico podendo (e devendo) ser aplicados e observados em todas as condutas e atos normativos produzidos dentro do ordenamento jurídico pátrio, cabendo a tais órgãos editar os procedimentos para o reconhecimento da observância de tais princípios.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros, 2011.

AMARAL, A. C. R. do. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. Ives Gandra Martins, Coordenador. São Paulo: Saraiva: Vol. 2, p. 40/41, 1998.

ATALIBA, G. **Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, v. 97, julho/set, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1968.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm Acesso em: 21 dez. 2020.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**. 1995.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7^a edição. Coimbra: Almedina, 2003.

DWORKIN, R. **Levando os Direitos a Sério**. DMW, 2010.

GASPARINI, D. **Direito Administrativo**. 8^a edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

RC: 91801

Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/normas-administrativas>



GRAU, E. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto.** Malheiros, 2008.

LOCKE, J. S. **Tratado sobre o governo civil. Dois tratados sobre o governo.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo brasileiro.** 22^a edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, C. A. B. de M. **Curso de Direito Administrativo.** 28^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

OLIVEIRA, R. C. R. **Curso de Direito Administrativo.** 5^a edição. São Paulo: Editora Método, 2017.

ROUSSEAU, J-J. **O contrato social.** 3^a edição. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 28^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SUANNES, apud DIAS, M. B. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça.** 2009.

APÊNDICE - REFERÊNCIA DE NOTA DE RODAPÉ

2. Se consignados em lei, os princípios são normas principiológicas. Esse é o entendimento de Diógenes Gasparini em Direito Administrativo, 8^a edição. Editora Saraiva, 2003 ao citar Joaquim Castro Aguiar em Competência e autonomia dos municípios na Nova Constituição. Rio de Janeiro. Forense, 1993, p. 27.

Enviado: Maio, 2021.

Aprovado: Julho, 2021.

RC: 91801

Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/normas-administrativas>