

APROVADA POR UNANIMIDADE

O princípio da juridicidade administrativa na proteção administrativa do consumidor: um novo paradigma

Marcos Tofani Baer Bahia

Procurador de Justiça

RESUMO: Ao estabelecer a promoção da defesa do consumidor como direito fundamental, a nova ordem impôs ao legislador ordinário a criação de um conjunto de normas capazes de propiciá-la. Com o advento do CDC e dado o caráter principiológico de suas disposições, prestigiou-se a previsão de uma série de princípios informadores do microsistema consumerista, de modo a atender às relações jurídicas que exigiam tratamento peculiar, caracterizada pelo dinamismo e complexidade modernas. Com a constitucionalização dos princípios, a concepção de legalidade cedeu lugar à noção de juridicidade, segundo a qual a atuação do Estado deve estar em harmonia com o Direito, afastando a noção de legalidade estrita e passando a compreender não só regras, mas sobretudo princípios. Dentro dessa nova realidade, constatamos que o princípio da legalidade administrativa não condiz mais com a proteção administrativa do consumidor, cedendo lugar ao princípio da juridicidade administrativa, de abrangência e espectro muito maiores, a possibilitar à autoridade administrativa prescindir de norma literal para imputar uma prática infrativa desconforme com todo o sistema protetivo consumerista.

PALAVRAS-CHAVE: Código de defesa do consumidor - Lei principiológica - Proteção administrativa do consumidor - Princípio da juridicidade administrativa.

Abstract: To establish the promotion of consumer protection as a fundamental right, the new order imposed on the ordinary legislator the creation of a set of rules capable of providing. With the advent of the Code of consumer protection, and because of character principology of its provisions, honored to forecast a series of displays of the micro consumerist principles in order to meet the legal relationship requiring peculiar treatment, characterized by dynamism and complexity of modern. With the constitutionalization of the principles, the concept of legality gave way to the notion of Law, according to which state action must be in harmony with the law away from the notion of strict

legality and starting to understand not only rules, but rather principles. Within this new reality, we find that the principle of administrative legality does not agree more with the administrative protection of consumers, giving rise to the administrative legal principle of much larger scope and spectrum, to enable the administrative authority to dispense with literal to impute a standard practice infrativa inconsistent with any protective consumerist system. Keywords: Code of consumer protection. Law principology. Administrative protection of consumers. Principle of administrative juridical.

KEYWORDS: Code of consumer protection. Law principology. Administrative protection of consumers. Principle of administrative juridical.

O problema nuclear trazido ao exame deste trabalho assenta-se na seguinte questão: no exercício da proteção administrativa do consumidor, pode o Procon fazer somente o que a lei expressamente autoriza (princípio da legalidade estrita administrativa) ou pode, com maior amplitude, fazer o que o ordenamento jurídico permite (princípio da juridicidade administrativa)?

Hodiernamente, não encontra guarida o vetusto e ultrapassado *princípio da legalidade administrativa*, que, diante da crise da lei formal e em razão do crescente surgimento de diplomas legislativos (especialmente os denominados microssistemas, que contêm não só regras, mas principalmente princípios), é substituído atualmente pelo *princípio da juridicidade administrativa*, de espectro e alcance muito mais amplos.

É sob um novo paradigma que surge o *princípio da juridicidade administrativa*, uma evolução da interpretação do Direito Administrativo, nascido que foi para suplantar o *princípio da legalidade* e dar maior amplitude e efetividade à manifestação dos atos administrativos e sua interpretação, em estrita afinação, a propósito, com o que comanda a própria *Lei federal n. 9.784/99*, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, ao dispor no inciso I, do parágrafo único do art. 2º, “que nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de atuação conforme a lei e o Direito.”

Precisas são as lições de EMERSON GARCIA.¹⁴⁵

“Ao atingirem o ápice da pirâmide normativa, foi inevitável a constatação de que o princípio da legalidade deixou de ser o único elemento de legitimação e limitação da atividade estatal, isto porque dele não mais defluíam a totalidade das regras e princípios que a norteavam; pelo contrário, passaram a coexistir lado a lado. Com a

¹⁴⁵ GARCIA, Emerson. A moralidade administrativa e sua densificação. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4283>> Acesso em 13/04/2013.

constitucionalização dos princípios, a concepção de legalidade cedeu lugar à noção de juridicidade, segundo a qual a atuação do Estado deve estar em harmonia com o Direito, afastando a noção de legalidade estrita - com contornos superpostos à regra - passando a compreender regras e princípios.

Essa evolução dogmática está estritamente vinculada à própria concepção de Estado de Direito, o qual, segundo Canotilho, ‘visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a medida do direito’, acrescentando que ‘o direito compreende-se como um meio de ordenação racional e vinculativa de uma comunidade organizada e, para cumprir esta função ordenadora, o direito estabelece regras e medidas, prescreve formas e procedimentos e cria instituições’. O princípio da legalidade passou a ser visto como integrante de um princípio maior: o princípio da juridicidade. Com isto, consagra-se a inevitável tendência de substituição do princípio da legalidade pelo princípio da constitucionalidade, do direito por regras pelo direito por princípios.”

Como cediço, os princípios ocupam papel de verdadeiro destaque no ordenamento jurídico. “Os princípios são também normas jurídicas, mas de natureza logicamente anterior e superior às não principiológicas, as quais, por isso, lhe são subordinadas”.¹⁴⁶

A diferença qualitativa entre princípios e regras é analisada por CANOTILHO:¹⁴⁷

“As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoantes os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem, proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: applicable in all-or-nothing fashion); a convivência dos princípios é conflitual (...), a convivência das regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. (...).

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo e da vida, fixando em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia uma

¹⁴⁶ PINTO, Robson. *Hipossuficientes: assistência jurídica na Constituição*. São Paulo: LTr, 1997, p. 13.

¹⁴⁷ CANOTILHO J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1144-1145.

‘sistema de segurança’, mas não haveria qualquer espaço livre para complementação e desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional (...)”.

Para Canotilho, o modelo ideal é constituído por princípios e regras. A existência somente de princípios redundaria em insegurança jurídica, diante da indeterminação, da inexistência de regras precisas, da coexistência de princípios antagônicos e da “dependência do possível fáctico e jurídico”. Já a existência apenas de regras levaria a um sistema jurídico de “limitada racionalidade prática”. Exigiria uma legislação exaustiva e completa - o que é denominado como legalismo -, “fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas”, desprovida do balanceamento de valores e interesses, propiciando um “sistema de segurança”, todavia sem qualquer possibilidade de complementação e desenvolvimento de um sistema aberto. Não seria possível, por outro lado, em um sistema exclusivo de regras, “dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta”.¹⁴⁸

Todo sistema jurídico exige regras jurídicas, todavia também necessita de princípios, ou valores, como liberdade, dignidade, democracia, Estado de direito. São, no dizer de Canotilho, “exigências de optimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos. Os princípios são os fundamentos das regras e “têm uma idoneidade irradiante que lhes permite ‘ligar’ ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional”, tendo, assim, uma função normogénica e uma função sistémica.¹⁴⁹

Compreendido que princípios e regras são espécies de normas jurídicas e a principal diferença, verificaremos essas implicações na atuação administrativa do Procon Estadual de MG.

É em razão da técnica legislativa atual de elaboração de microssistemas - os quais também ajudaram a estabelecer a crise da lei formal, de abertura de normas jurídicas - que a vinculação estrita da atuação administrativa deve ser ampliada para acolher os princípios e interpretar os conceitos abertos e indeterminados para aplicá-los em sua esfera de atuação. Em casos tais, é correto afirmar

¹⁴⁸ Idem, p. 1.162.

¹⁴⁹ Idem, p. 1.163.

que o pensamento jurídico contemporâneo, impulsionado pelo neoconstitucionalismo, transferiu para a Administração, também, uma parte de sua liberdade de conformação legislativa.¹⁵⁰

A evolução do princípio da legalidade é bem descrita por GUSTAVO BINENBOJM, que primeiramente o identifica como surgido de uma analogia entre o ato administrativo e a sentença judicial, em que o ato administrativo seria uma particularização dos mandamentos genéricos e abstratos da lei. Por ser tal definição distante da realidade, e considerando o poder político que é dado à Administração Pública e não ao Poder Judiciário, evoluiu a legalidade administrativa para uma veiculação negativa à lei, donde surgiu a noção de discricionariedade administrativa, garantindo a ação administrativa nos espaços não limitados pela lei.¹⁵¹

Discorrendo sobre “a crise da lei: da legalidade como vinculação positiva à lei ao princípio da juridicidade administrativa”, leciona BINENBOJM:¹⁵²

“(...) a Constituição, enquanto sistema de princípios (expressão deontológica de valores), ganha destaque como norma jurídica, irradiando seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, que apenas poderá ser compreendido a partir da própria normativa constitucional, passando a falar numa constitucionalização do direito (...)

A superioridade formal e a ascendência axiológica da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico produzem uma importantíssima modificação no direito administrativo: a lei é substituída pela Constituição como a principal fonte desta disciplina jurídica (...).

Com efeito, a Constituição se presta (i) não só como norma direta e imediatamente habilitadora de competências administrativas, como também (ii) serve de critério imediato de decisão administrativa. A Constituição, porém, não só é fonte direta de habilitação de competências administrativas, funcionando também como critério imediato da tomada de decisões pelo administrador. Neste aspecto, evidencia-se a constitucionalização do direito administrativo, numa

¹⁵⁰ Barroso registra as três grandes transformações operados pelo neoconstitucionalismo: “ Sob o impulso do novo constitucionalismo, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional no mundo romano-germânico: a) o reconhecimento da força normativa da Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.” (BARROSO, Luís Roberto. *A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: Teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo*. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e teoria constitucional e contemporânea*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2009, p. 314.

¹⁵¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2º edição, 2008, p. 129.

¹⁵² Ibidem, p. 129-130.

clara limitação dos espaços discricionários da Administração Pública, que se devem pautar não apenas pela finalidade legal, como também pelos fins constitucionais.

(...)

O administrador público, por seu turno, é valorizado, pois se torna o aplicador direto da Constituição e não apenas da lei, como tradicionalmente concebido. Assim, por exemplo, diante de uma determinada tomada de decisão discricionária, deverá ter preferência a alternativa que melhor atenda aos princípios da moralidade ou da eficiência (art. 37, caput), podendo ainda ser necessário que tais princípios sejam ponderados, o que esvazia significativamente o espaço de conveniência e oportunidade administrativas.

(...) É neste contexto que ganham significativo destaque os direitos fundamentais, que pautarão a administração pública, existindo ou não lei. Diante do elevado papel dos direitos fundamentais e de sua irradiação no direito administrativo, Paulo Otero enumera quatro ilações, cuja transcrição é bastante pertinente:

(1) Na falta ou ausência de lei, os órgãos administrativos encontram-se adstritos a implementar e aplicar tais normas no exercício da respectiva actividade;

(2) Mesmo existindo lei, as normas constitucionais em causa surgem como critério orientador imediato da interpretação, integração e aplicação de todos os actos infraconstitucionais por parte da Administração Pública, especialmente no âmbito do exercício de poderes discricionários, concretização de conceitos indeterminados ou preenchimento de cláusulas gerais;

(...)

Em uma palavra: a atuação administrativa só será válida, legítima e justificável quando condizente, muito além da simples legalidade, com o sistema de princípios e regras delineado na Constituição, de maneira geral, e como os direitos fundamentais, em particular.”

Lecionando a legalidade administrativa e os sentidos da vinculação da Administração à juridicidade”, o mesmo doutrinador registra de forma lapidar:¹⁵³

“Por seu distanciamento olímpico da realidade, tal conceito não tardou a cair em desuso. Com efeito, se mesmo em relação à decisão judicial a idéia da vinculação total e mecânica à lei soa hoje como fantasiosa ou cerebina, no que toca aos atos administrativos, por ainda maior razão, sua invocação sem ressalvas é simplesmente equivocada. É que a noção de legalidade administrativa (entendida como vinculação à lei formal) não apenas é inapta a alcançar performativamente toda a atividade da Administração, como, mais que isso, não deve pretender alcançá-la.”

Decerto que constitucionalização do Direito, acompanhada da força normativa da constituição, permitem e impulsionam o administrador a tornar efetivas as normas constitucionais em sua maior dimensão possível. Vê-se, portanto, uma mutação do princípio da legalidade administrativa no Direito Administrativo pátrio, que passou a se constituir num princípio de juridicidade ou de constitucionalidade: a Administração deixa de ser vinculada exclusiva e necessariamente à existência prévia de lei, e passa a se pautar no direito como um todo, e, em especial na Constituição.

A vinculação dos atos administrativos não se faz mais com relação exclusivamente à lei, mas à Constituição e demais normas do ordenamento, gerando, outrossim, um novo parâmetro de vinculação do administrador.

Por isso, o administrador não só tem o poder, mas o dever de agir, ainda que não exista lei prévia a regular sua conduta, de modo a promover os objetivos fundamentais da República ou outro valor constitucional, ou tornar real uma disposição constitucional.

Pelo princípio da juridicidade administrativa, portanto, está assente a ideia de que a vinculação negativa à lei por parte da Administração não tem mais o sentido de obediência à legalidade estrita, mas se subordina a todo o ordenamento jurídico.

E concluiu o reportado administrativista:¹⁵⁴

“(…)pelas razões já estudadas acima, atinentes à crise da lei formal, assim como em virtude da emergência do neoconstitucionalismo, não mais se pode pretender explicar as relações da Administração Pública o ordenamento jurídico à base de uma estrita vinculação positiva à lei.

¹⁵³ Ibidem, p. 137.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 140-143.

Com efeito, a vinculação da atividade administrativa ao direito não obedece a uma esquema único, nem se reduz a um tipo específico de norma jurídica – a lei formal. Essa vinculação, ao revés, dá-se em relação ao ordenamento jurídico como uma unidade (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais), expressando-se em diferentes graus e distintos tipos de normas, conforme a disciplina estabelecida na matriz constitucional.

A vinculação da Administração não se circunscreve, portanto, à lei formal, mas a esse bloco de legalidade (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico), a que a aludia Hauriou, que encontra melhor enunciação, para os dias de hoje, no que Merkl chamou de princípio da juridicidade administrativa. Foi essa a influência que determinou a inserção, no art. 20, §3º, da Lei Fundamental de Bonn, da vinculação do Poder Executivo e dos Tribunais à lei e ao direito (...). Tal idéia, de vinculação ao direito não plasmado na lei, marca a superação do positivismo legalista e abre caminho para um modelo jurídico baseado em princípios e regras, e não apenas nestas últimas.

Assim, com a crise da lei formal, a Constituição – seu complexo sistema de princípios e regras – passa a ser o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode ocorrer com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade.

Tal postura científica assenta na superação do dogma da imprescindibilidade da lei para mediar a relação entre a Constituição e a Administração Pública. Com efeito, em vez de a eficácia operativa das normas constitucionais – especialmente as instituidoras de princípios e definidoras de direitos fundamentais – depender sempre da lei para vincular o administrador, tem-se hoje a Constituição como fundamento primeiro do agir administrativo. Como afirma Canotilho, ‘a reserva vertical da lei foi substituída por uma reserva vertical da Constituição’.

Talvez o mais importante aspecto dessa constitucionalização do direito administrativo seja a ligação direta da Administração aos princípios constitucionais, vistos estes como núcleos de condensação de valores. A nova principiologia constitucional, que tem exercido influência decisiva sobre outros ramos do direito, passa também a ocupar posição central na constituição de um direito administrativo democrático e comprometido com a realização dos direitos do homem. (...).

A idéia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora.

Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).

Toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública passa a ser traçada a partir dos lineamentos constitucionais pertinentes, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes do regime democrático, à vista de sua posição axiológica central e estruturante do Estado democrático de direito. A filtragem constitucional do direito administrativo dar-se-á, assim, pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e sua substituição por referências diretas a princípios expressa ou implicitamente consagrados no ordenamento constitucional.

A idéia de juridicidade administrativa traduz-se, assim, na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineado na Constituição. A juridicidade administrativa poderá, portanto: (I) decorrer diretamente da normativa constitucional; (II) assumir a feição de uma vinculação estrita à lei (formal ou material); ou (III) abrir-se à disciplina regulamentar (presidencial ou setorial), autônoma ou de execução, conforme os espaços normativos (e sua peculiar disciplina) estabelecidos constitucionalmente. Cumpre, pois, estudá-los de forma sistemática, dentro da realidade constitucional brasileira.”

Em decorrência desse contexto evolutivo do Direito que a Administração Pública não pode ficar alheia, agora sob novos paradigmas e postulados, sob pena de se tornar utópico, estático e desconforme à Constituição o Princípio da Eficiência Administrativa, que guarda relação estreita relação com o dever do Procon Estadual de promover a proteção administrativa do consumidor, enquanto mandamento constitucional (CF, art. 5º, inc. XXXII e 170, V).

Assume, pois, especial importância, em tempos atuais do estágio da ciência jurídica, o Princípio da Juridicidade Administrativa.

Nesse passo, todos os princípios e normas regentes do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8078/90, art. 4º, *caput*, 6º, inc. III e 31) e da Constituição (CF, art. 5º, XIV e 37, *caput*) deverão permear, integrar, aperfeiçoar e concretizarem-se na situação fática a ser solucionada, para aperfeiçoar e adequar a tutela do consumidor.

É preciso salientar, ainda, que a interpretação de todo esse plexo de princípios e regras incidentes na hipótese concreta por parte da autoridade administrativa não produzirá uma norma,

quando muito definirá o sentido e alcance de um direito preexistente no ordenamento jurídico, mesmo que decorra somente de uma norma-princípio.

E as leis positivas, notadamente os microssistemas, na medida em que são formuladas em termos gerais, principiológicos, em linguagem clara e precisa, porém amplas, sem minúcias, torna necessária a intervenção do intérprete no processo de aplicação da norma jurídica, para que, com fundamento nos pressupostos fornecidos pela hermenêutica e da pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, extraia o sentido apropriado da norma para a vida real, conducente a uma decisão correta, justa e que melhor atenda ao direito fundamental de promoção da defesa do consumidor.

Em abono, LÚCIO DELFINO ensina:¹⁵⁵

“Não possuem os Códigos, atualmente, a importância que detiveram outrora. No mundo instável, inseguro e volúvel de hoje, a resposta normativa não pode ser a transposição para um Código das fórmulas conceituais habilmente elaboradas no século passado. Como forma de solucionar os problemas advindos desta novel realidade, surgiram os chamados microssistemas, verdadeiros ‘universos legislativos’ de menor porte, com sua própria filosofia, enraizados em solo irrigado com águas tratadas por outros critérios, influxos e métodos distintos.”

Nesse cenário, podem os órgãos públicos promover a defesa administrativa do consumidor, atuando na concretização e densificação dos princípios constitucionais e consumeristas, através da prática de atos concretos destinados à sua proteção, sob a perspectiva do princípio da juridicidade administrativa e da eficiência administrativa, que ganham outra dimensão com a teoria dos direitos fundamentais e com o neoconstitucionalismo .

Implica dizer, com isso, que toda atividade administrativa deve ser pautada a partir do que emana a Constituição, com ênfase nos direitos fundamentais e no regime democrático, por serem tais o cerne de todo o ordenamento jurídico. A juridicidade, por ir além da legalidade, vincula a atividade estatal ao conjunto de princípios e regras, valorizando a realização dos direitos do homem sobre a mera aplicação de uma lei casuisticamente prevista.

¹⁵⁵ DELFINO, Lúcio. *Reflexões acerca do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor*. Revista de direito do consumidor, v. 48, p. 166, dez. 2003.

Diante desse contexto, a proteção administrativa do consumidor, consagrada pela Lei federal n. 8.078/90, não poderia ficar refratária às exigências de mutação e dinamicidade em que ocorrem as práticas infrativas na vida moderna, extremamente complexa, ágil e dinâmica. Assume, pois, especial relevo, no exercício da proteção administrativa do consumidor, o Princípio da Juridicidade Administrativa.

Conclusões:

1. Consoante a doutrina hodierna que reconhece e consagra o *princípio da juridicidade administrativa*, é permitido concluir, com segurança, que a imputação da prática infrativa consumerista pelo Procon Estadual, em sede administrativa, prescinde da precedência de norma (regra) literal específica ou casuística, tendo em vista que o diploma consumerista, a exemplo de outros microssistemas legislativos, possui uma arquitetura normativa de cunho predominantemente abertas (princípio, cláusulas abertas e standat - portanto, mais dinâmico e flexível), reverenciando o próprio Texto Constitucional, a teoria dos direitos fundamentais e abrindo espaço para uma construção jurídica permanente, numa era marcada pela complexidade e velocidade dos fenômenos jurídicos e sociais, com sérios problemas de efetivação dos direitos fundamentais, com os quais a Administração Pública não pode ignorar ou desconhecer, sob pena de desatendimento do princípio da eficiência administrativa.
2. A precedência de norma literal, de forma casuística, não se coaduna mais com os novos diplomas legislativos, notadamente o consumerista. Por sua linguagem intencionalmente aberta e fluida, caracteriza-se pela ampla extensão do seu campo semântico e multidisciplinaridade de suas normas, as quais são dirigidas não somente à autoridade judicante da magistratura, como também à administrativa.