

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FERNANDA MACEDO FERREIRA

**ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA *PRATER LEGEM*: EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO  
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

CURITIBA

2015

FERNANDA MACEDO FERREIRA

**ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA *PRATER LEGEM*: EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO  
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

CURITIBA

2015

**TERMO DE APROVAÇÃO**  
FERNANDA MACEDO FERREIRA

**ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA *PRATER LEGEM*: EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO  
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Trabalho apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito, pela seguinte banca examinadora:

---

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem  
Orientador - Setor de Ciências Jurídicas  
Departamento de Direito Público  
Universidade Federal do Paraná

---

Prof. Dr. Emerson Gabardo  
Setor de Ciências Jurídicas  
Departamento de Direito Público  
Universidade Federal do Paraná

---

Prof. Me. Saulo Lindorfer Pivetta  
Escola de Direito  
Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil

Curitiba, 27 de novembro de 2015

Aos meus pais, Júnia e Fernando.  
Como uma singela homenagem às  
pessoas mais fortes que conheço.

## AGRADECIMENTOS

Há pouco mais de seis anos, atravessei o país para embarcar numa fase nova que, mal sabia eu, seria determinante não só para minha formação acadêmica, mas para um crescimento pessoal sem precedentes. Apesar de alguns rostos familiares conhecidos, adentrei num espaço completamente diferente. No lugar do calor incessante, o frio e a indecisão climática de Curitiba me receberam ao seu sabor nada cordial.

Mudança de espaço, mudança de diálogo. Mudança nas pequenas regalias do cotidiano, nos móveis, no ares não mais cheios de maresia. Da janela que agora vê enormes blocos de concreto um ao lado do outro. Apesar da ausência dos colos, não teria ultrapassado essas mudanças, nem as compreendido, se não fosse o apoio dos meus pais. O casal que deixou para trás tudo e todos nessas terras frias para construir a mais bonita história de amor, companheirismo, luta e carinho. Devo tudo o que sou à vocês e é por isso que esse trabalho não poderia ser dedicado a mais ninguém. Ao meu pai, Fernando, pelo exemplo de ser humano, sempre atencioso, justo, preocupado em aceitar as pessoas exatamente como elas são. Pai, você é um humanista nato! À minha mãe, Júnia, mineira “braba”, que me ensinou desde pequena a questionar, criticar, lutar pelos meus objetivos, sempre carinhosa e protetora. Mãe, me espelho muito na mulher que você é!

À Carol, minha irmã, meu tesouro, meu anjo da guarda, minha maior companheira. Mesmo com personalidades tão diferentes, você será sempre a minha metade, o meu contraponto, a minha certeza.

Aos meus avós João e Salete pelo apoio e incentivo de sempre. À minha avó Élia, por sempre cuidar de mim, pelo amor, pelos melhores almoços (“bifões!”). Agradeço o apoio das tias e tios Cati, Lili, Fabian, Pedro, Adalgisa, Bernardo e Fabi. Em especial, Lili e Fabian, por toda a preocupação e o suporte que me deram desde os tempos de vestibular. Agradeço o companheirismo de sempre dos primos Rô, Pedrinho e João, vocês são meus irmãos. À Gabi, minha prima-amiga-companheira da vida e ao Mat pela parceria de sempre.

Não poderia deixar de agradecer aos amigos que a UFPR me deu. Aline, Amanda, Anna Flávia, Anny, Helô Simões, Helô Kruger, Lari, Mayara, Pri, Raissa, Thaís Stutz. Vocês são integralmente responsáveis pela pessoa que sou hoje, constroem e desconstroem comigo diariamente todos os meus alicerces. Aprendi

muito com o jeito de cada uma, esse conhecimento é impagável e inesquecível. Levo vocês comigo. Pri e Thá, me vejo em vocês! Também à Luri, Helo Wauthafig e Sarah, pela amizade leve, sincera e pelas conversas (por terem ouvido contar as minhas intermináveis histórias!). Também ao meu amigo mais que querido, Marwan. Obrigada pela parceria, por me conhecer tão bem, por já saber o que estou pensando sem eu precisar falar. Por fim, agradeço a todas as grandes mulheres do projeto “Mulheres pelas Mulheres”, por me ensinarem e me empoderarem tanto.

Aos mestres, não poderia deixar de agradecer ao meu orientador, Daniel Hachem, exemplo de professor, pesquisador, ser humano. Obrigada pelo incentivo e por todas as discussões, as quais foram extremamente importantes para minha formação. Igualmente, agradeço à Priscilla Placha Sá, por ser a pessoa responsável pela minha formação feminista e pelo exemplo de mulher que luta para derrubar os muros que nos limitam, sejam os da cadeia ou da vida.

Não posso deixar de agradecer àqueles profissionais que me proporcionaram ver, entender e questionar o Direito na prática. Primeiro, aos Juízes da 4ª Vara da Fazenda Pública, Guilherme de Paula Rezende e Eduardo Lourenço Bana, e aos colegas Isabelle, Evandro, Aulus, Rafa e Luana. Igualmente, minha gratidão por todos os ensinamentos do Defensor Público Federal Clayton de Siqueira Gomes.

Aos maranhenses que, mesmo de longe, me apoiam e me inspiram a cada dia. Paloma, Isabela e Mizzi, vocês são únicas na minha vida. Guardo com muito carinho todas as lembranças e levo vocês comigo sempre. Ao Eduardo, não só pela grande ajuda nesse trabalho, mas pelo amor, o qual transborda nos versos das tuas poesias.

E, por fim, aos amigos paranaenses, meus verdadeiros acolhedores: os irmãos Korndorfer, Thaís, Elisa e Heitor; Naná e Yana. À minha irmã separada na maternidade, Kahena, pela tua espontaneidade e ternura.

## O ar e o vento

Pelos caminhos vou, como o burrinho de São Fernando,  
Um pouquinho a pé e outro pouquinho andando.  
Às vezes me reconheço nos demais. Me reconheço  
Nos que ficarão, nos amigos abrigos, loucos lindos de  
justiça e bichos voadores da beleza e demais vadios e  
malcuidados que andam por aí e que por aí continuarão,  
como continuarão as estrelas da noite e as ondas do mar.  
Então, quando me reconheço neles, eu sou ar aprendendo  
A saber-me continuado no vento.  
Acho que foi Vallejo, César Vallejo, que disse que às  
Vezes o vento muda o ar.  
Quando eu já não estiver, o vento estará, continuará estando.

Eduardo Galeano – O Livro dos Abraços

## RESUMO

O presente trabalho propõe-se a, primeiramente, reconhecer a possibilidade de a Administração Pública agir mesmo quando não haja uma lei formal regulamentando de que forma deverá atuar, desde possua como norte de sua atuação a ampliação de um direito fundamental. Para isso, parte-se da relativização da relação mecânica Administração-Lei, fundada na legalidade estrita, como elemento chave para compreender um Direito Administrativo circunscrito a um princípio muito mais amplo: o da juridicidade. Admitida a vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, o vácuo legislativo não poderá ser utilizado como justificativa da inércia administrativa. Pelo contrário, a atuação *praeter legem*, desde que não restrinja o direito carente de tutela, deverá ser admitida, sob pena de não se identificar na Administração Pública o protagonismo que poderá assumir na efetivação dos direitos fundamentais.

**Palavras-chaves:** Administração Pública; *praeter legem*; juridicidade; direitos fundamentais.

## ABSTRACT

This present study aims to, at first, recognize the possibility of Public Administration performance, even when there's no formal law regulating how it should act, since its acting claims to extend a fundamental right. For this, it brings for granted the relativity of mechanical relationship Administration-Law, based on strict legality, as a key element to understand an Administrative Law limited to a much broader principle: juridicity. Since the linking of Public Administration to the legal system as a whole is accepted, the legislative vacuum cannot be used as a justification of administrative passivity. Contrariwise, the acting *praeter legem*, since it does not restrict the needy right to guardianship, should be admitted, otherwise it will not identify the Public Administration as a protagonist of the realization of fundamental rights.

**Keywords:** Public Administration; *praeter legem*; juridicity; fundamental rights.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO 1 - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE</b> .....	<b>13</b>
1.1. O princípio da legalidade no paradigma liberal .....	<b>14</b>
1.2. A quebra do império absoluto da lei em sentido estrito .....	<b>19</b>
1.3. O princípio da juridicidade: a legalidade dentro da juridicidade.....	<b>24</b>
<b>CAPÍTULO 2 - A OMISSÃO LEGISLATIVA E A INÉRCIA ADMINISTRATIVA: REFLEXÕES ACERCA DA POSSIBILIDADE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA PRAETER LEGEM</b> .....	<b>30</b>
2.1. O princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa como elementos de justificativa à inatividade da Administração .....	<b>31</b>
2.2. Critérios e parâmetros da atuação administrativa <i>praeter legem</i> .....	<b>40</b>
<b>CAPÍTULO 3 - ANÁLISE PRÁTICA DA ATUAÇÃO PRAETER LEGEM DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b> .....	<b>45</b>
3.1. Ausência de lei que regulamente o procedimento de testes com implantes e próteses: o caso das próteses de silicone da marca francesa PIP .....	<b>47</b>
3.2. Ausência de Lei Municipal que regulamente o Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV) no Município de Curitiba.....	<b>53</b>
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>58</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>62</b>

## INTRODUÇÃO

O panorama do Estado Constitucional de Direito, notadamente a partir da segunda metade do século XX, reclama uma posição de protagonismo do Poder Público na busca do reconhecimento e da concretização dos direitos fundamentais. O extenso rol de direitos consagrados pela Constituição Federal de 1988 vincula a atuação administrativa, refletindo-se no dever da garantia de uma tutela efetiva e igualitária dos direitos fundamentais formalmente ou materialmente incorporados.

Ao lado disso, denota-se que os princípios e institutos do Direito Administrativo devem estar em harmonia com um Direito que pressuponha não mais apenas uma conduta abstencionista, mas também uma faceta prestacionista do ente estatal. É por isso que o princípio da legalidade administrativa deve ser lido à luz desses novos paradigmas, com o propósito de expandir as fontes de atuação da Administração Pública, a qual deverá possuir como fio condutor toda a techedura do texto constitucional.

Parte-se então do pressuposto de que a lei formal não pode constituir-se mais como único requisito habilitador da atuação administrativa, chegando-se à ideia de que a Administração Pública está vinculada ao ordenamento jurídico como um todo. A legalidade em sentido estrito continua presente, mas imersa num princípio mais amplo, em prestígio ao processo de constitucionalização do Direito Administrativo<sup>1</sup>. Trata-se do princípio da juridicidade.

No contexto atual, a Administração Pública submete-se a outras fontes jurídico-normativas. A legalidade estrita é necessária, mas não só. O Administrador Público pode agir de acordo com a lei, e ainda assim praticar um ato antijurídico, fato que comprova a insuficiência da vinculação à lei em sentido formal.

Disso depreende-se que a atuação administrativa está vinculada, primeiramente, aos princípios explícitos e implícitos da Constituição. Igualmente, há o princípio da legalidade estrita. Além disso, também deve observar ao princípio da convencionalidade, à luz dos tratados incorporados pelo Direito brasileiro, sejam eles sobre direitos humanos ou não. Finalmente, deve-se também considerar a sua

---

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 73.

autovinculação, a qual se refere à vinculação da Administração Pública aos atos normativos por ela editados.

Sendo assim, imperioso reconhecer que a ausência de lei não pode ser utilizada para eliminar a imperatividade e normatividade da Constituição. É preciso reconhecer que nem todos os direitos fundamentais são tutelados pela legislação, fato este que não exclui o dever de tutela dos direitos fundamentais, explícitos e implícitos, na Constituição Federal, pelo Estado.

No entanto, o que se percebe, na prática, é justamente o oposto: o Administrador Público não raro se esquivava, com a justificativa da ausência de amparo legal. Na medida em que uma questão meramente formal suplanta o dever de se ver efetivado um direito, a Administração Pública acaba por negar toda e qualquer possibilidade de produzir uma tutela administrativa eficiente.

Questiona-se, portanto, como deve proceder o Administrador Público, ante a ausência de lei que regulamente determinada matéria? Abster-se, colocando nas mãos do Poder Judiciário a função de efetivar direitos não tutelados? Essa justificativa para a inação administrativa ilustra um cenário desigual no contexto brasileiro, o qual cada vez mais se perpetua nas Instituições Públicas: de um lado, o êxito da ação individual e, de outro, a continuidade da inércia administrativa <sup>2</sup>.

Parte-se do princípio da juridicidade como fundamento base dessa atuação. E, finalmente, propõe-se investigar de que maneira as mais variadas esferas da Administração Pública podem estabelecer um intercâmbio comunicativo e uma fiscalização mútua, com o fim de reconhecer a efetivação dos direitos dentro da própria esfera administrativa. Busca-se, assim, evitar a judicialização exacerbada de litígios desnecessários.

As imposições de atuação ao Administrador Público possuem fulcro nuclear no princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o que corresponde ao dever da tutela administrativa mesmo sem provocação do indivíduo ou ante a ausência de previsão legal dispondo como deverá atuar.

Busca-se demonstrar como os princípios da legalidade e da discricionariedade administrativa são utilizados como justificação da inoperância da

---

<sup>2</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). Estado, Direito e Políticas Públicas: Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014, p. 229.

Administração Pública. Como se verá adiante, além do alargamento da concepção de legalidade, pressupõe-se a redução da discricionariedade em matéria de direitos fundamentais, uma vez que o vazio normativo verificado é preenchido pela eficácia jurídica da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, decorrência direta da função prestacional do Estado.

Assim, uma atuação administrativa *praeterlegem* faz-se não só oportuna, como necessária, para que seja possível reconhecer a possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais na seara administrativa

## CAPÍTULO 1 - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

A organização política de uma sociedade delinea os contornos por onde a lei e o Direito seguem, de modo que as disciplinas jurídicas moldam-se às mais variadas concepções de Estado, poder e soberania e aos consequentes interesses a eles impregnados. A organização política e o Direito apresentam-se em íntima relação, nos contornos de cada contexto histórico<sup>3</sup>.

O Direito Administrativo, uma vez incumbido de disciplinar as relações e funções do Estado, insere-se predominantemente nessa lógica cambiante, devendo ser compreendido dentro de um contexto político e social. Analisar os pressupostos da Administração Pública, bem como os institutos da disciplina do Direito Administrativo, com olhos anacrônicos significa considerar um Direito completamente indiferente à realidade social. Tais considerações mostram-se, como se verá adiante, de grande importância ao estudo da relação entre legalidade e Administração Pública.

Num primeiro momento, procura-se demonstrar de que forma a Administração Pública esteve sujeita à vinculação da lei produzida pelo Parlamento, durante o modelo de Estado predominante no liberalismo. A ideia de uma atuação abstencionista pautava-se essencialmente na legalidade estrita e na separação de poderes, tudo em respeito à necessidade de se proteger a esfera individual dos indivíduos.

A emergência da concepção de um Estado vinculado, acima de qualquer coisa, ao valor normativo das constituições estremeceu tal sujeição mecânica. Não mais se aposta num Estado que deve agir pautado na literalidade da lei. Assiste-se, assim, a um progressivo enfraquecimento da legalidade estrita administrativa.

Dessa forma, busca-se entender o Direito Administrativo à luz de um princípio mais abrangente: o princípio da juridicidade. A atuação da Administração Pública está, pois, adstrita ao ordenamento jurídico como um todo e não somente à lei formal.

---

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Op. Cit.*, p. 7.

## 1.1. O princípio da legalidade no paradigma liberal

O surgimento da concepção de Estado de Direito remonta à necessidade de se conter a concentração desmedida de poderes na mão de um Estado Absoluto, o qual se materializou no modelo de Estado do Antigo Regime. A superioridade do monarca à lei vigente e aos súditos tornava o poder inquestionável, de maneira que a sua vontade correspondia à vontade do Estado, não havendo qualquer limitação pela ordem jurídica, nem tampouco eventual dever de responsabilização por danos causados aos cidadãos<sup>4</sup>. O Estado, neste contexto, apresenta-se como um bem da coroa, depreendendo-se daí uma visão patrimonialista<sup>5</sup>.

Em combate às arbitrariedades do Estado Absolutista, nasce uma nova concepção de Estado, já no fim do século XVIII, impulsionada pelas revoluções burguesas, pelo constitucionalismo moderno e pela Revolução Francesa. Parte da doutrina<sup>6</sup>, inclusive, enxerga nesse contexto o nascimento do Direito Administrativo, guardando um sentido inerente à formação da noção de Estado de Direito, cujas bases sustentam-se nos limites ao exercício do poder pelo Executivo, mediante a elevação dos dogmas liberais da separação de poderes, do princípio da legalidade, à luz da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>7</sup>.

Sobre o conceito de Estado de Direito, esclarece Cármen Lúcia Antunes Rocha:

A organização do Estado que se pretenda rotular 'de Direito' tem que conhecer e conectar, então, o Direito adotado aplicado naquele Estado. Assim, o Estado de Direito não é tão somente o Estado no qual há um sistema jurídico aplicado, ou um Estado que 'tem' um Direito, mas o Estado no qual a ideia de Direito signifique a instrumentalização da busca concreta da Justiça material para o povo que o forma e dele deve participar.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, *Idem*, p. 8.

<sup>5</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 146.

<sup>6</sup> Rafael Carvalho Rezende de Oliveira explica que “a lei do 28 *pluviose* do VIII de 18000 é apontada como a ‘certidão de nascimento’ do Direito Administrativo. O autor menciona que na referida lei foram estabelecidas regras concernentes à organização da Administração Pública e à alternativas de resolução de conflitos contra a Administração Pública. Igualmente, ressalta como marco da consagração do Direito Administrativo o julgamento “arrêt Blanco”, de 1783. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende, *Op. Cit.*, p. 9.

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Idem*, p. 8.

<sup>8</sup> ROCHA, Cármen Lúcia. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 71.

Nesse sentido, a autora distingue o Estado de Direito em material e formal. Enquanto o primeiro possui fundamento no conceito acima construído pela ministra, o segundo prioriza a forma em detrimento do conteúdo. Este último seria o modelo do Estado Liberal, cuja atuação estatal é mínima, devendo-se priorizar a liberdade individual dos cidadãos, a igualdade formal e a propriedade privada. Dessa forma, os direitos e garantias tão celebrados pela quebra do Antigo Regime são compreendidos na sua acepção formal, restringindo-se àqueles historicamente detentores do poder econômico.

A necessidade de limitar o Poder Executivo, através de imposições racionais, claras, abstratas e abrangentes, a fim de evitar interferências na esfera individual dos cidadãos, mais precisamente na propriedade privada, desembocou numa organização estatal, a qual se apresenta como ferramenta de atendimento aos interesses burgueses<sup>9</sup>.

Partindo desse paradigma, o Direito atua como um grande freio à atuação administrativa, a fim de conter qualquer ação que represente a intromissão estatal na esfera privada do indivíduo. Principalmente com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão pós-revolução francesa, fica nítido o caráter liberal-individualista-subjetivista da Administração Pública, pautada na concepção de que as liberdades individuais eram inerentes à condição humana (mínimo irredutível do direito), ou seja, limitação esta natural e superior<sup>10</sup>. A liberdade consagra-se assim como o valor mais relevante, o qual deveria ser necessariamente tutelado e protegido<sup>11</sup>.

A repartição do Estado em órgãos distintos com funções previamente diferenciadas, como resultado do repúdio ao Estado Absolutista, está na base das concepções de John Locke e de Montesquieu utilizadas para legitimar a implantação do Estado pós-revolução, através do controle do exercício do poder político<sup>12</sup>. As leis emanadas do Poder Legislativo – como órgão representante da voz soberana do povo – representavam ferramenta viabilizadora das bases fundantes do Estado

---

<sup>9</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. Cit.*, p. 71.

<sup>10</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014, p. 210.

<sup>11</sup> MOTTA, Fabrício. *Função Normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 22-24.

<sup>12</sup> MOTTA, Fabrício. *Idem*, p. 30.

Liberal: a livre fruição de bens<sup>13</sup>. Para Locke, o elemento fundante da lei positiva será sempre a instituição do Poder Legislativo<sup>14</sup>.

Desse modo, segundo as teorizações de Jean Jacques Rousseau, depreende-se que a superioridade da lei decorre basicamente da concepção, a qual defende que o Poder Legislativo deveria apresentar status de superioridade. Montesquieu, por sua vez, ao reconhecer a insuficiência da lei em resolver a integralidade dos conflitos, admitiu como teoria paradigmática da separação de poderes a formulação que vincula a superioridade da lei à ideia de equilíbrio entre os órgãos como forma de limitação recíproca de suas atuações<sup>15</sup>.

Nesse diapasão, observar a lei corresponderia automaticamente à realização da justiça, visto que o Poder Legislativo atua como expressão da vontade geral<sup>16</sup>. São lançadas as bases da concepção liberal da lei, cujo conteúdo é fortemente vinculado ao individualismo e, conseqüentemente, aos ideais de generalidade e abstração das normas.

Há, pois, a exigência de um Estado abstencionista, podendo agir tão somente quando autorizado por lei, fato que representa a consolidação de sua submissão à lei e não mais ao rei. E é então que o princípio da legalidade surge como forma de legitimar a soberania limitada frente às liberdades individuais, juntamente com a consagração do princípio da separação dos poderes, através da segmentação das funções estatais. Há, nesse cenário, clara dicotomia entre Estado e sociedade<sup>17</sup>, ocupando o Estado papel de grande ameaça aos direitos e liberdades de seus cidadãos.

O princípio da legalidade, para Montesquieu, corresponde à resposta racional que o Estado de Direito deve dar frente ao equilíbrio da vontade do Legislativo e da vontade do monarca. Daí o princípio da separação de poderes, o qual se mostrou protagonista na atuação de intervenção mínima do Estado, não correspondendo necessariamente a uma submissão completa do Executivo ao Legislativo, mas à ideia de que a racionalidade da lei constitui ferramenta que o Estado concordou a se submeter. As teorizações de Montesquieu influenciaram

---

<sup>13</sup> MOTTA, Fabrício. *Idem*, p. 31.

<sup>14</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. *Revista de Direito Público*, n. 84, out./1984, p. 48.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Op. Cit.*, p.35-38.

<sup>16</sup> MOTTA, Fabrício. *Op. Cit.*, p. 32-37

<sup>17</sup> PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Lisboa: Coimbra, 1989, p. 175-176.

fortemente a construção dos Estados Liberais na Europa, estando, inclusive, presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no artigo 16, o qual preleciona que “*a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição*”<sup>18</sup>.

A formação dos alicerces políticos do princípio da legalidade, resultante da Revolução Gloriosa, em particular no *Bill of Rights*, possuiu forte ligação com a ideia da supremacia do Poder Legislativo sobre os demais poderes. Segundo Paulo Otero, os contratualistas do século XIX sustentavam, basicamente, três questões<sup>19</sup>: i) a supremacia da legitimidade democrática sobre a legitimidade monárquica; ii) a absolutização do valor da lei, resultado da vontade do parlamento e da legitimidade democrática e iii) a subordinação total da Administração Pública à vontade do poder legislativo, com a impossibilidade de haver qualquer poder normativo por parte da Administração.

Para Locke, apesar de não defender uma supremacia quase divina do Legislativo, o povo seria elemento legitimador da força e da obrigatoriedade das leis. Daí, parte a ideia de que a distinção entre Poder Legislativo e Executivo adquire uma feição instrumental<sup>20</sup>, já que objetiva conter o intervencionismo estatal.

Rousseau, a seu turno, defendia o Poder Legislativo como o coração do Estado, representando a vontade geral como expressão máxima da soberania. Para o autor, à Administração Pública caberia tão somente executar o consenso da maioria. Igualmente, o fundamento kantiano do princípio da legalidade assenta-se na premissa de que a lei é expressão da soberania do povo e da razão<sup>21</sup>.

Note-se que no liberalismo oitocentista a concepção de Lei compreende aquela emanada unicamente do Poder Legislativo, órgão representante da vontade geral e, portanto, forma soberana de manifestação dos anseios populares. Os atos administrativos emanados do Poder Executivo correspondem à mera ferramenta

---

<sup>18</sup> Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – 1789. Biblioteca virtual de Direitos Humanos – Universidade de São Paulo – USP. Disponível em: <goo.gl/lzWR6O>. Acesso em 17 julho 2015.

<sup>19</sup> OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 54.

<sup>20</sup> SILVA, Almiro do Couto e. *Op. Cit.*, p. 48.

<sup>21</sup> OTERO, Paulo. *Op. Cit.*, p. 57-71.

executória da legislação. Do mesmo modo, no contexto liberal, não havia diferenciação entre lei e Constituição<sup>22</sup>.

Assim, pode-se dizer que a lógica da legalidade pautava-se, essencialmente, na relação leis-atos administrativos, no que Charles Eisenmann chama de “*situação dependente entre a Administração e o Parlamento-Legislador*”<sup>23</sup>, ao invés de tomar a legalidade o seu conceito lógico de conjunto de leis em sentido estrito.

Ao judiciário, caberia tão somente o papel de controle dos eventuais desvios por parte da Administração. Verifica-se, então, que o acionamento do judiciário se daria apenas quando reconhecida violação na esfera subjetiva individual do cidadão. Nesse contexto, a atuação dos juízes baseava-se numa aplicação mecânica e lógico-silogística da lei<sup>24</sup>.

Como se vê, a legalidade construída na modernidade, que dela fez nascer um Estado Legislativo, quando enxergada dentro da atuação administrativa, deveria ser entendida como a necessária adequação entre os atos expedidos pelo Administrador Público e uma respectiva previsão legal como elemento fundante. Assim, a lei não só prosperava como limite à Administração Pública, mas igualmente como a sua única fonte. Deveria ser, portanto, elemento autorizativo à ação do administrador público.

Sendo assim, para que fosse possível a difusão de um Estado mínimo e de uma atuação administrativa pautada na lei, é que se viu crescer o modelo de gestão burocrática no Estado Liberal. Partindo do fundamento weberiano de que a burocracia, em razão do seu caráter técnico de subordinação rigorosa, é desumanizada, estar-se-ia promovendo a maneira mais racional de exercício do poder<sup>25</sup>.

Além disso, a segurança jurídica e a necessidade de assegurar certeza e confiança nas relações jurídicas entre Estado e particulares contribuíram de forma decisiva à construção do positivismo jurídico<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> MOTTA, Fabrício. *Op. Cit.*, p. 40.

<sup>23</sup> EISENMANN, Charles. O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 56. Abril-junho, 1959. Traduzido por Ruth Barbosa Goulart, da revista “*Études et Documents*”, Conseil d’Etat, fascículo n.º 11, pág. 25 e ss.

<sup>24</sup> OTERO, Paulo. *Op. Cit.*, p. 153.

<sup>25</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências. *Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 22-32.

<sup>26</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 33.

Havia uma preocupação com os direitos e garantias do cidadão tão somente no que se refere à dimensão subjetiva de posições jusfundamentais individuais, em perspectiva única, qual seja a do direito subjetivo individual, deixando de lado os “*elementos objetivos fundamentais da comunidade*”<sup>27</sup>. E assim é que a limitação do poder e a própria separação dos poderes surgem como instrumentos para assegurar um objetivo: a liberdade dos cidadãos.

A necessidade de trazer um elemento racional aos descompassos deixados pelo Antigo Regime impulsionou de vez tal premissa, prosperando como um dos grandes fundamentos do Estado Liberal. Portanto, conforme visto, a legalidade administrativa esteve condicionada irremediavelmente à letra da lei produzida pelo Parlamento.

## **1.2. A quebra do império absoluto da lei em sentido estrito**

Ao longo do século XX, verificou-se um progressivo enfraquecimento do princípio da legalidade estrita como elemento estruturante do Estado e da atuação administrativa. Tal fenômeno foi acompanhado da crescente influência exercida pelas Constituições no ordenamento jurídico dos Estados ocidentais.

Paulo Otero identifica dois principais fatores que influenciaram de forma decisiva o abandono dos paradigmas liberais como únicos elementos de estruturação do Estado: i) a profunda evolução do significado e do valor da Constituição; e ii) a radical mudança de modelo de Estado. Quanto ao primeiro fator, o autor faz considerações importantes:

Em primeiro lugar, a passagem de um modelo dominante de textos constitucionais flexíveis para um mundo de Constituições rígidas veio inverter o posicionamento hierárquico da lei no contexto do sistema interno de fontes de Direito, provocando uma profunda e súbita transformação do papel e do valor da lei. Em segundo lugar, a passagem (...) para um sistema de Constituições programáticas, expressando uma atitude voluntarista do Estado social, comportando um alargamento do campo material regulado pelo texto constitucional. Em terceiro lugar, (...) a clara noção de supremacia da Constituição e, envolvendo a subseqüente ideia de subordinação hierárquico-normativa da lei, conduziu à institucionalização de

---

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 141.

mecanismos jurisdicionais de fiscalização da constitucionalidade das normas legais<sup>28</sup>.

O Estado Constitucional, em geral, se preocupa não só com as liberdades, mas também com a igualdade e com a ideia de justiça social. Assim, assume um papel importante na redução da desigualdade, a partir de ações positivas, com a promoção de políticas e serviços públicos. Para tanto, é preciso que haja uma supremacia da Constituição em relação à lei.

Abandona-se a ideia do positivismo jurídico, uma vez que o direito não mais se reduz à lei. Os princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, os direitos humanos e os tratados internacionais passam a vincular a atuação do Poder Público, estabelecendo balizas principiológicas à Administração Pública<sup>29</sup>.

A inserção da moral no ordenamento jurídico já é algo consolidado, notadamente no contexto do neoconstitucionalismo, através da análise da função dos princípios constitucionais<sup>30</sup>, depreendendo-se daí premissas básicas: a Constituição como “invasora”; a consagração dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais; e a busca de alternativas pautadas na interpretação<sup>31</sup>. Os princípios constitucionais, possuidores de natureza aberta, devem funcionar como verdadeiras bússolas interpretativas de todo o ordenamento jurídico<sup>32</sup>, a fim de assegurarem não só a normatividade da Constituição, como também a sua unidade.

Como dito, o abandono do legalismo significou a busca de um juízo de valor do conteúdo da lei e, não somente da sua forma, mediante a reaproximação entre Direito e Moral, relação estremecida pela concepção científica do positivismo jurídico<sup>33</sup>.

Com efeito, principalmente após a segunda guerra, o constitucionalismo ganha nova feição no mundo, assumindo um novo caráter. Afastava-se do conceito de Constituição formal para dar azo à Constituição substancial, aquela que exerce sua supremacia perante o ordenamento jurídico e que busca a concretização dos direitos. Sendo assim, as Constituições produzidas nesse período assumiram

---

<sup>28</sup> OTERO, Paulo. *Op. Cit.*, p. 154-156.

<sup>29</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>30</sup> SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: \_\_\_\_\_. (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 121.

<sup>31</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Op. Cit.*, p. 18.

<sup>32</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Idem*, p. 23.

<sup>33</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Idem*, p. 17.

caráter mais aberto, instituindo além de regras, princípios constitucionais, agora também tidos como norma e não mera diretriz. Essa movimentação se materializou no Brasil apenas em 1988, com a redemocratização e a promulgação da nova Constituição.

Nesse contexto, os princípios constitucionais passaram a ter a força de norma e às normas constitucionais de modo geral foi atribuída incidência sobre todo o ordenamento jurídico. Impõe-se, assim, a supremacia tanto vertical com a imposição de efeitos no âmbito da Administração Pública, como horizontal, incidindo diretamente entre as relações interprivadas.

Dessa maneira, além da eficácia irradiante, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe a eficácia imediata resultante da normatividade da Constituição Federal, que promove, em verdade, uma eficácia *erga omnes*<sup>34</sup>, incluindo todos os sujeitos e os direitos fundamentais a serem tutelados. Há, portanto, uma imposição não só ao Estado, que deve empreender todos os esforços na concretização dos direitos dos seus administrados, mas também entre os sujeitos privados. A Constituição passa a atuar não só como critério autorizativo da atuação da Administração Pública, mas como elemento fundante e legitimante das decisões administrativas<sup>35</sup>.

Defender a normatividade da Constituição significa dizer que suas disposições são normas jurídicas que podem ser invocadas para fundamentação de uma decisão, inclusive para justificar comportamentos. Por serem dotadas de normatividade, obrigam. E, como resultado, a supremacia das disposições constitucionais vincula todo o Estado brasileiro. Essa normatividade deve ser analisada, segundo Konrad Hesse, através da capacidade de adaptação da Constituição a uma dada realidade, além de ter no texto constitucional força ativa para estabelecer objetivos e tarefas a serem efetivadas. O maior objetivo do Direito Constitucional deve ser promover a concretização dessa força normativa<sup>36</sup>.

Assim, se no Estado Liberal a preocupação dirigia-se aos direitos do cidadão unicamente em sua dimensão subjetiva, no Estado Constitucional de Direito, os direitos fundamentais assumem uma faceta multifuncional. Há, portanto, uma dupla

---

<sup>34</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 64.

<sup>35</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 37.

<sup>36</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 17.

perspectiva desses direitos, composta por direitos subjetivos individuais e por elementos objetivos fundamentais da comunidade, conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet<sup>37</sup>.

Assim, a feição contemporânea dos direitos fundamentais pressupõe, primeiramente, a sua multifuncionalidade. Isso porque um mesmo direito pode ter a função de proteção do indivíduo contra o Estado e outra de prestação por parte do Estado. Isto é, proporciona-se o entendimento de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais: uma dimensão de natureza subjetiva, que trata da esfera individual e do seu poder de autoregulação, além do reconhecimento da exigibilidade de conduta positiva ou negativa de outrem<sup>38</sup>; e uma dimensão de natureza objetiva, que pressupõe deveres objetivos ao Estado de criar estruturas organizacionais, procedimentos adequados ao exercício dos direitos fundamentais<sup>39</sup>.

Ainda, na dimensão objetiva, os direitos são concebidos não apenas como posições jurídico-subjetivas, mas também como um conjunto de valores essenciais da sociedade que deve nortear a atuação dos Poderes Públicos. Segundo Ingo Sarlet, tal desdobramento denomina-se eficácia dirigente, uma vez que incumbem os entes estatais a obrigação contínua de efetivação dos direitos fundamentais positivados no texto constitucional<sup>40</sup>. O Direito Administrativo deve então ser lido à luz dessa concepção multifacetária dos direitos fundamentais, vinculando-se às dimensões subjetiva e objetiva.

Como decorrência direta dessa modificação no papel e no conteúdo das Constituições, verificou-se a mudança do modelo liberal para o modelo social de Estado, notadamente em razão do aumento de encargos, deveres, responsabilidades e incumbências destinadas ao Poder Público para a satisfação dos direitos fundamentais dos cidadãos (não só os individuais, como também os sociais e coletivos). Há, portanto, de um lado a Constituição que demanda uma atuação muito mais intromissiva, proativa e prospectiva do Estado e, de outro, um aumento significativo no repertório dos direitos fundamentais no texto constitucional.

Sem dúvidas, pode-se afirmar que há um verdadeiro ativismo constitucional da Administração Pública. O abandono do Estado mínimo em prol da persecução de

---

<sup>37</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 142.

<sup>38</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 151-155.

<sup>39</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 143-146

<sup>40</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem, Ibidem*.

novos fins pela Administração Pública, somado ao reconhecimento da insuficiência da lei em tratar das mais variadas demandas, expandiu os horizontes da atuação administrativa e da fundamentação dessa atuação. Somado a isso, Diogo de Figueiredo Moreira Neto ainda aponta ao advento da sociedade de participação como elemento de nítida contribuição à superação de institutos arcaicos do Direito Administrativo. Isso porque a constitucionalização do Direito em todas as suas esferas produziu uma espécie de “consciência da sociedade” fundada na autonomia coletiva e no direito de participação, abrindo margens para uma atuação política mediante outros espaços, sejam eles formais ou informais<sup>41</sup>. Passa-se de uma “administração imperial” a “administração cidadã”<sup>42</sup>.

Ressalte-se ainda que o individualismo divinizado na figura da igualdade formal dos cidadãos, sem, no entanto, considerar o contexto desigual, atendia a uma conveniência classista dos burgueses e detentores dos meios de produção. Tal constatação possibilita uma abertura de espaços ao crescimento do chamado Estado Social de Direito.

A crise do sistema de produção capitalista, somada às atrocidades vistas nas duas grandes guerras mundiais no século XX colaborou de forma decisiva para instituição de uma postura ativa do Estado na posição de garantidor das mínimas condições de sobrevivência da população. O Estado de bem-estar social pauta-se na responsabilidade estatal de promover serviços públicos que possibilitem a concretização da dignidade da pessoa humana dos cidadãos.

Conforme ressalta Rafael Carvalho Rezende Oliveira, o Estado deixa de ocupar o papel de inimigo da sociedade, passando à posição de aliado, cuja missão de promover uma ordem social e econômica justa, à luz do que prevê o texto constitucional, torna-se o ponto principal de sua atuação<sup>43</sup>.

A partir de então, foi possível se verificar um *Estado Administrativo*<sup>44</sup>, com mudanças substanciais em sua estrutura interna, a fim de melhor promover a efetivação das garantias constitucionais. Em verdade, como observa Paulo Otero, a própria ideia da separação de poderes no paradigma liberal não é cunhada por um modelo absoluto que impedia a intervenção do Executivo. Pelo contrário, segundo o

---

<sup>41</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 13.

<sup>42</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Idem*, p. 16.

<sup>43</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Op. Cit.*, p. 11.

<sup>44</sup> SILVA, Almiro do Couto e. *Op. Cit.*, p. 51.

autor, as contradições da filosofia liberal aparecem quando, por exemplo, Montesquieu sustenta que ao Executivo também é dada função legislativa em determinados casos<sup>45</sup>.

Por fim, conforme ensina Almiro do Couto e Silva, a expansão do Estado Social gerou relevantes constatações, tais como: o crescimento de demandas cada vez mais complexas, as quais inviabilizaram uma atuação unicamente pela via legislativa; o aumento das fontes infra legais no Direito Administrativo; a utilização de cláusulas gerais e flexíveis em detrimento de conceitos classificatórios, ressaltando a atuação interpretativa do Judiciário; a inflação legislativa que acabou por gerar um cenário de insegurança jurídica, distanciando a lei de seus destinatários<sup>46</sup>.

Todos esses são fatores que marcam o enfraquecimento da legalidade administrativa engessada na lei produzida pelo Legislativo como única fonte. Nos termos utilizados por José Joaquim Gomes Canotilho, há uma substituição da reserva vertical de lei pela reserva vertical de Constituição<sup>47</sup>.

### **1.3. O princípio da juridicidade: a legalidade dentro da juridicidade.**

O fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo proporcionou conjuntura em que era preciso dar um sentido mais amplo ao princípio da legalidade para abranger não somente a lei editada pelo Parlamento, mas todo o âmbito de atuação administrativa. Daí a afirmação de que atualmente o princípio da legalidade encontra-se inserido em um princípio muito mais amplo: seja ele intitulado *de principio da juridicidade*<sup>48</sup> ou *princípio da legitimidade*<sup>49</sup>. No presente trabalho, alinha-se a ideia de juridicidade como princípio representante da vinculação

---

<sup>45</sup> OTERO, Paulo. *Op. Cit.*, p. 50.

<sup>46</sup> SILVA, Almiro do Couto e. *Op. Cit.*, p. 52-54.

<sup>47</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 834.

<sup>48</sup> Sublinham-se os autores: KLOSS, Eduardo Soto. *Op. Cit.*; Eduardo Kloss, OTERO, Paulo. *Op. Cit.*; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes da. *Op. Cit.*

<sup>49</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca um novo constitucionalismo, consagrando “valores e processos legitimatórios”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo... Op. Cit.*, p. 15.

administrativa à integralidade do ordenamento jurídico. Ao tratar do assunto, Adolf Merkl entende que a legalidade seria uma espécie de juridicidade qualificada<sup>50</sup>.

Dizer que a Administração Pública deve estar vinculada ao Direito como um todo significa que a lei produzida pelo Poder Legislativo não pode ser o único critério jurídico de validade da atuação administrativa. Não basta a existência de norma que estabeleça competência ou autorização de ação ao Administrador, é preciso considerar a esfera material do princípio da legalidade, a qual exige uma atuação em conformidade com toda a techedura composta pelos princípios constitucionais do ordenamento jurídico brasileiro<sup>51</sup>.

Cármem Lúcia Antunes Rocha assevera que o princípio da legalidade, direito fundamental preceituado pelo art. 5º, II, da Constituição Federal, possui como destinatário o indivíduo, enquanto a legalidade administrativa, presente no art. 37 do diploma constitucional, deverá ser lida como juridicidade, pois é imposta à Administração Pública, a fim de tutelar os direitos dos administrados<sup>52</sup>. Seria, pois, um dever dirigido ao Administrador Público, não possuindo status de direito subjetivo como primeiro no caso.

Conforme visto, a expressão juridicidade representa a superação da ideia de relação necessária Lei-Parlamento, uma vez que faz referência ao ordenamento jurídico como um todo, abrangendo não só as leis produzidas pelo Legislativo, mas, sobretudo, em observância à supremacia constitucional. A soberania do Estado é substituída pela soberania da Constituição<sup>53</sup>.

É possível aferir o princípio da juridicidade implicitamente da Constituição Federal, bem como, explicitamente, da Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99), que dispõe no artigo 2º, parágrafo único, inciso I que *“nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: atuação conforme a lei e o Direito”*.

O princípio da juridicidade exprime o que muitos autores denominam ser uma autodeterminação constitucional em face do Poder Legislativo<sup>54</sup>. A necessidade da aplicabilidade imediata das normas constitucionais não pode estar à mercê da

---

<sup>50</sup> MERKL, Adolfo. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Granada: Comares, 2004, p. 209.

<sup>51</sup> MOTTA, Fabrício. *Op. Cit.*, p. 133.

<sup>52</sup> ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Op. Cit.*, p. 81.

<sup>53</sup> KLOSS, Eduardo Soto. *Derecho Administrativo: bases fundamentales*. Tomio II El principio de juridicidad. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 22-23.

<sup>54</sup> OTERO, Paulo. *Op. Cit.*, p. 733-737.

atividade legislativa, por vezes nada célere ou quase inerte, com exceção, porém, das hipóteses específicas de reserva de lei, quando a própria Constituição impõe a presença de lei formal. Neste caso, apesar da exigência de lei proveniente do processo legislativo, ainda assim é possível afirmar que não há um completo exaurimento da juridicidade administrativa<sup>55</sup>, discussão esta que será tratada posteriormente no capítulo 2.

Nesse sentido, Rafael Carvalho Rezende Oliveira argumenta que, com a inserção do prestígio da supremacia constitucional nos parâmetros da atuação administrativa, “a juridicidade gera necessariamente restrições mais sensíveis à atuação do administrador e acarreta a ampliação do controle judicial dos atos administrativos”<sup>56</sup>, já que pressupõe conformidade com os princípios constitucionais da Administração Pública.

No que se refere às fontes da juridicidade administrativa, faz-se necessária a observância de uma escala hierárquica, partindo sempre do pressuposto da supremacia e normatividade da Constituição. Assim, tem-se, em ordem hierárquica decrescente: i) a Constituição (princípio da constitucionalidade); ii) as Convenções Internacionais (princípio da convencionalidade); iii) a lei em sentido estrito (princípio da legalidade) e iv) os atos normativos emitidos pela própria Administração Pública (princípio da autovinculação)<sup>57</sup>.

Dessa forma, atuar em conformidade com o princípio da juridicidade significa atuar em respeito à Constituição, aos princípios gerais do direito, às Convenções Internacionais, à lei em sentido formal, aos valores socialmente construídos, e, inclusive, se autovinculando aos atos normativos que a própria Administração Pública edita. Além dos precedentes administrativos, a jurisprudência também pode figurar como parâmetro dentro do bloco de constitucionalidade<sup>58</sup>.

Mais que isso, a atuação da Administração Pública é passível de se realizar segundo a lei reconhecidamente constitucional (*secundum legem*), segundo a Constituição, mesmo sem qualquer previsão legal (*praeter legem*) e, inclusive, ainda que contra a lei, mas em observância aos princípios fundamentais (*contra legem*).

---

<sup>55</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. Cit.*, p. 86.

<sup>56</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Op. Cit.*, p. 72-77.

<sup>57</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva... Op. Cit.*, p. 339-340.

<sup>58</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Op. Cit.*, p. 74-75.

Quanto ao princípio da convencionalidade<sup>59</sup>, cabe sublinhar a dificuldade que têm a jurisprudência e a doutrina brasileiras em utilizar os tratados internacionais de direitos humanos como fundamento ao reconhecimento de um direito. Apesar da extensa lista de direitos fundamentais presentes na Constituição brasileira que, por vezes, acaba por tornar desnecessária a invocação do Direito Internacional<sup>60</sup>, a observância ao referido princípio apresenta-se de grande importância, já que possibilita a reflexão sobre temas que não aqueles utilizados à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

A autovinculação da Administração Pública consiste em uma situação peculiar: normas infralegais ganham força vinculativa à atuação estatal, apesar das discussões que entendem que tais normas seriam normas jurídicas por absorção ou que simplesmente não possuiriam status de norma jurídica. A normatividade dos atos produzidos pela Administração Pública precisa ser reconhecida. Pode-se dizer que há um processo de *“juridificação administrativa”*, consoante entendimento do professor Paulo Otero, já que a *“norma extrajurídica empresta a vinculação obrigatória da norma jurídica”*. Nesse sentido, o autor defende que a relevância jurídico-administrativa dessas normas encontra fundamento na abdicação indireta pela normatividade jurídica em regular determinada matéria<sup>61</sup>.

No âmbito da lei formal, esta que aparece como elemento habilitador por excelência da atuação administrativa, além da legalidade representada na figura do dever de observância à lei, cabe ressaltar que a reserva de lei, ao delimitar um rol de matérias que devem ser necessariamente reguladas pela lei formal, não exclui por si só a importância da juridicidade administrativa.

Em verdade, tem-se a juridicidade de conteúdo especificado, transcrita em um corpo normativo<sup>62</sup>, o que significa dizer que a soberania dos preceitos constitucionais continua a guiar a conduta do Administrador Público, inclusive permitindo a edição de diplomas infralegais que objetivem a concretização dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a ampliação da lógica fundante da legalidade estrita abre espaço à integralidade do Direito, conforme ensina Julio Pablo Comadira, compondo-se *“tanto por elementos heterógenos a la Administración*

---

<sup>59</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva... Op. Cit.*, p. 350.

<sup>60</sup> OTERO, Paulo. *Op. Cit.*, p. 748-749.

<sup>61</sup> OTERO, Paulo. *Idem*, p. 763.

<sup>62</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. Cit.*, p. 85-87.

(*principios generales del derecho, Constitución nacional y sus principios, tratados internacionales y ley en sentido formal*) como autónomos (reglamentos, precedentes administrativos...)”<sup>63</sup>.

A Constituição do Chile, inclusive, faz menção expressa ao princípio da juridicidade, estabelecendo a vinculação do Estado à Constituição e às normas que a ela estão em situação de conformidade. Eduardo Soto Kloss entende ser o princípio da juridicidade “*la sujeción integral a Derecho de los órganos del Estado tanto en su ser como em su obrar*”<sup>64</sup>.

Tal sujeição se dá de maneira peculiar e específica com relação ao Administrador Público quando comparada com a relação Estado-cidadão, pois esta diz respeito tão somente à atuação limitadora por parte do Estado, enquanto que no caso da sujeição ora definida pelo autor, o Direito atua como condição de sua existência e de sua atuação<sup>65</sup>. Ainda, Kloss sublinha outro ponto relevante: a sujeição deve ser integral. Isso quer dizer que não é possível pressupor a imunidade de qualquer órgão da Administração Pública ao Direito<sup>66</sup>.

Além disso, ainda segundo o mencionado autor, no que se refere aos efeitos da juridicidade, o efeito básico e principal do princípio é a imperatividade. Isto é: o princípio da juridicidade atua na própria legitimação das prerrogativas do Poder Público, devendo estar integralmente e plenamente submetido à Constituição e das normas ditadas em conformidade a ela.

Por fim, de valiosa contribuição a transcrição de alguns artigos da Constituição do Chile, uma vez que o referido diploma traz a noção de vinculação integral ao ordenamento jurídico. Os artigos 6º e 7º do texto constitucional chileno estabelecem o seguinte:

*Artículo 6º* Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

---

<sup>63</sup> COMADIRA, Julio Pablo. Principio de juridicidad, competencia administrativa y responsabilidad del Estado por omisión. In: COMADIRA, Julio Pablo; IVANEGA, Miriam M. (Coord.) *Derecho administrativo: Libro em homenaje al Professor Doctor Julio Rodolfo Comadira*. 1ª ed., Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 1221.

<sup>64</sup> KLOSS, Eduardo Soto. *Op. Cit.*, p. 24.

<sup>65</sup> KLOSS, Eduardo Soto. *Idem*, p. 25-29

<sup>66</sup> KLOSS, Eduardo Soto. *Idem, Ibidem*.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley

*Artículo 7°* Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale<sup>67</sup>.

Portanto, é possível afirmar que pressupor uma atuação administrativa comprometida com o ordenamento jurídico constitucional e, por conseguinte, com a promoção de uma tutela administrativa “espontânea, integral e igualitária”<sup>68</sup> dos direitos fundamentais, em prestígio ao princípio da juridicidade, significa essencialmente admitir a verdadeira existência e legitimidade da atividade administrativa.

---

<sup>67</sup> CHILE. Constitución Política de La República. Atualizada - outubro/2010. Disponível em: <[http://www.oas.org/dil/esp/constitucion\\_chile.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf)>. Acesso em: 27 julho 2015.

<sup>68</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa efetiva...* Op. Cit., p. 298-306.

## **CAPÍTULO 2 - A OMISSÃO LEGISLATIVA E A INÉRCIA ADMINISTRATIVA: REFLEXÕES ACERCA DA POSSIBILIDADE DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA PRAETER LEGEM E DOS PARÂMETROS DESSA ATUAÇÃO**

O endeusamento da racionalidade humana como produto do iluminismo oitocentista lançou as bases de sustentação de uma dogmática normativa extremamente positivista. Seja elegendo como adequada, em um primeiro momento, a vinculação negativa da Administração Pública à lei, admitindo a atuação administrativa em todos os âmbitos que não representassem ação incompatível com a lei proveniente do Parlamento, seja permitindo uma vinculação positiva à lei, já a partir do século XX<sup>69</sup>. Aqui a lei figura como condição *sine qua non* à atuação administrativa, traduzindo-se como única ferramenta habilitadora de qualquer atividade desempenhada pelo Administrador Público<sup>70</sup>.

Conforme visto no capítulo anterior, a quebra do mito iluminista do Estado Liberal possibilitou uma reconstrução da identidade do constitucionalismo e de conceitos estagnados e aparentemente imutáveis da ciência jurídica, especialmente no Direito Administrativo, com o reconhecimento da existência de uma Administração Pública que ultrapassa a mera função de executoriedade do que prescreve a lei formal. A ciência que se dispõe a estudar o ordenamento jurídico não pode, portanto, dizer-se absoluta, sob pena de julgar a lei como ferramenta irrefutável. Deve, então, saber-se precária e sempre aberta ao debate público fundado nos seus próprios fundamentos históricos, culturais, morais e sociais<sup>71</sup>.

Do entendimento fundado pelo princípio da separação de poderes, faz-se necessário ressaltar a distinção entre função e poder. Isso porque impõe-se o reconhecimento de que ao Poder Executivo também é possível o exercício de parcelas da função legislativa<sup>72</sup>.

Ora, se ultrapassado o princípio da legalidade estrita, permitindo uma atuação em conformidade com o ordenamento jurídico em sua integralidade e, ainda, considerando a determinação constitucional da aplicabilidade imediata dos

---

<sup>69</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 136-141.

<sup>70</sup> KLOSS, Eduardo Soto. *Op. Cit.*, p. 25.

<sup>71</sup> CARVALHO NETTO, Melelick; SCOTTI, Guilherme. Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 26-27.

<sup>72</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 233.

direitos fundamentais preceituada pelo art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, certo é que à Administração Pública recai o dever de concretizar todas as dimensões desses direitos.

No que pese a Constituição Federal de 1988 não prever de maneira expressa a vinculação direta das Instituições Públicas aos direitos fundamentais, a exemplo das Constituições da Alemanha, Portugal e Espanha, a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais constitui um mandamento de otimização que vincula atuação da Administração Pública.

Dessa forma, depreende-se que essa aplicabilidade imediata obriga o Poder Público a agir no sentido dessa efetivação não só quando provocado pelo particular, mas também quando não houver legislação que regulamente como deverá ocorrer a implementação do direito pela Administração Pública.

Todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia. No caso dos direitos fundamentais é possível afirmar que aos Poderes Públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair normas que os consagrem a maior eficácia possível. Nesse sentido, negar a aplicabilidade imediata significa negar a própria fundamentalidade do direito. A Constituição e os direitos fundamentais são, portanto, referenciais primários, prioritários e imediatos da atuação administrativa<sup>73</sup>.

E é justamente a partir desse fundamento que o estudo acerca da atuação administrativa *praeter legem* se desenvolverá, tendo em vista não só a ruptura da vinculação positiva à lei formal, como a incapacidade do Judiciário em atuar como única via de materialização de comandos constitucionais.

## **2.1. O princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa como elementos de justificativa à inatividade da Administração**

Não faz sentido pautar-se em uma Constituição que clama pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais e esperar que os entes administrativos não possam agir de pronto pela efetivação de um direito fundamental claramente ofendido. E mais. Transportar tal poder às mãos do Judiciário, o que vem sendo observado nos últimos anos com a excessiva judicialização das demandas, faz

---

<sup>73</sup> OTERO, Paulo. *Op. Cit.*, p. 155.

nascer um cenário em que tão somente aqueles com real e efetivo acesso ao judiciário terão seu direito reconhecido<sup>74</sup>. Sem contar, é claro, a demora de todo o trâmite processual, que contribui ainda mais à situação de desamparo do cidadão.

A atuação pela efetivação dos direitos não deve se resumir ao Poder Judiciário, sendo necessária a atuação de outros órgãos estatais, apontando para uma espécie de diálogo institucional. Isso porque, considerando o direito à prestação de maneira ampla, fala-se em direitos de organização e procedimento<sup>75</sup>, cujo cerne consiste na possibilidade de se exigir do Estado a emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos, além de elaborar providências estatais que garantam ao indivíduo a participação efetiva na organização e no procedimento.

Isso quer dizer que se o Estado não promove o efetivo acesso dos cidadãos à justiça, não pode aceitar que apenas aqueles que entraram em juízo, em razão da omissão do Legislador em regulamentar adequadamente certa matéria, poderão ver o seu direito reconhecido<sup>76</sup>. Pelo contrário, o insucesso no âmbito administrativo representa elemento necessário para instruir eventual pedido judicial. E, então, por que não uma Administração Pública apta a promover um direito fundamental desrespeitado e desamparado?

Conforme defendido até o presente momento, o primeiro passo em direção a uma atuação administrativa verdadeiramente comprometida com interesse público localiza-se justamente na reconstrução do princípio da legalidade, flexibilizando-o sempre em prol dos direitos fundamentais e de sua supremacia consolidada pela Lei Fundamental. Partindo-se desse pressuposto, a legalidade em nenhuma hipótese poderá representar elemento legitimatório para arbitrariedades omissivas.

Admitir a possibilidade de a Administração Pública acolher espontaneamente direitos fundamentais, cujo conteúdo integral aplica-se diretamente sobre os entes estatais<sup>77</sup>, traduz-se na criação de mecanismos administrativos internos que oportunizem a realização desses direitos de forma isonômica.

No entanto, o que se percebe é o ainda tímido acatamento da doutrina e jurisprudência brasileira com relação ao reconhecimento da juridicidade administrativa e, em consequência, da possibilidade de atuação *praeter legem*.

---

<sup>74</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva...* Op. Cit., p. 48-54.

<sup>75</sup> MOTTA, Fabrício. Op. Cit, p. 78-80.

<sup>76</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva...* Op. Cit., p. 477-478

<sup>77</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Idem*, p. 531.

Quando analisadas as decisões dos tribunais brasileiros, verifica-se a utilização majoritária do princípio da legalidade em sentido estrito como fundamento, isto é, a ideia de vinculação positiva da Administração Pública à lei, argumentado que “a Administração está, em toda a sua atividade, adstrita aos ditames da lei, não podendo dar interpretação extensiva ou restritiva (...) a lei funciona como balizamento mínimo e máximo na atuação estatal”<sup>78</sup> ou ainda que “é de rigor que a atuação da Administração Pública seja com estrita observância à lei, ou, em outras palavras, sem previsão legal, a conduta é ilícita”<sup>79</sup>.

Destarte, as imposições da atuação administrativa derivadas da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, mesmo sem provocação dos indivíduos ou ante a ausência de previsão legal dispendo como deverá atuar, além de demandarem uma ampliação do princípio da legalidade estrita, reclamam por uma redução da discricionariedade em matéria de direitos fundamentais, preenchendo o vazio normativo pela eficácia jurídica da dimensão objetiva, como leciona Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

Com o alargamento da noção de legalidade administrativa e sua substituição pela concepção da juridicidade, a atuação da Administração Pública, notadamente a discricionária, passa a ser controlada, em relação à compatibilidade formal, não só com a legislação infraconstitucional, mas também, especialmente, com a Constituição. A amplitude dos princípios constitucionais, por vincular a Administração, autoriza um controle jurisdicional mais intenso e eficaz dos atos administrativos classificados como discricionários<sup>80</sup>.

Assim, não há como se utilizar do argumento de que, embasando-se no princípio da legalidade, legítimas serão determinadas arbitrariedades omissivas. Da mesma forma, a discricionariedade também não pode ser utilizada como justificação da inoperância da Administração.

No tocante à discricionariedade administrativa, cabe aqui delinear algumas premissas importantes. A divisão tradicional entre atos administrativos vinculados e discricionários fundamenta-se na ideia de que os primeiros são derivados de uma

---

<sup>78</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1499898 RS 2014/0322668-2, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 17/03/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/03/2015.

<sup>79</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS: 28259 PR 2008/0254965-1, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 15/09/2009, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/09/2009.

<sup>80</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Op. Cit.*, p. 77.

atuação administrativa com previsão legal expressa, apontando um único caminho a ser seguido pelo Administrador Público, enquanto que a atuação discricionária seria cabível quando permitido um campo de liberdade de apreciação dos meios de execução a seguir, tudo em prol da persecução do interesse público em questão<sup>81</sup>.

Essa clássica divisão, mesmo estando presente rigorosamente nas produções doutrinárias, ainda se apresenta como tema capaz de gerar confusões conceituais e discussões acerca o termo “poder” discricionário. Celso Antônio Bandeira de Mello defende a inadequação do referido termo, o qual deveria ser entendido como um dever, não poder<sup>82</sup>. Isso porque o autor indica que a atuação administrativa deve ser pautada pelas finalidades propostas pela legislação, estando o Administrador Público obrigado a perseguir esses fins.

Dessa forma, verifica-se nesse cenário a existência de uma função, no sentido jurídico do termo, já que a obrigação da Administração Pública em satisfazer as finalidades elencadas nos diplomas legais será sempre em prol dos interesses dos administrados. É por isso que o autor demonstra existir uma função aos Agentes Públicos, e nunca uma faculdade. No mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto entende que a discricionariedade seria, afinal, uma competência, pois é vinculada à finalidade que institui a sua própria essência, esta diretamente ligada ao princípio da boa administração<sup>83</sup>.

Há, pois, necessariamente, uma relação em que o Agente Público utiliza-se do poder como ferramenta em proveito de outrem. O dever vem antes do poder. Esse último apresenta-se como instrumento de persecução de interesse público, uma vez que a Administração Pública o satisfará através da articulação de meios jurídicos e institucionais e segundo critérios objetivos, de conveniência e oportunidade.

A reflexão proposta por Bandeira de Mello é de extremo valor ao presente trabalho. É necessário enxergar a discricionariedade administrativa em seu caráter funcional como alcance do interesse público, através da margem de liberdade reconhecida ao Administrador no cumprimento dos atos administrativos, já que sem

---

<sup>81</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*, 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 143.

<sup>82</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 11ª tiragem, 2012, p. 13.

<sup>83</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle de discricionariedade*, Rio de Janeiro, 1991, p. 26-30.

essa pressuposição, a atuação administrativa seria puramente arbitrária. Contudo, o autor parte da premissa de que a discricionariedade nunca poderia ocorrer nas situações em que há ausência de lei que dispusesse sobre a matéria em questão, já que seria inadmissível qualquer atuação administrativa sem a presença da sua respectiva autorização legal.

Nesse ponto, em particular, há que se discordar, já que, conforme defendido ao longo do presente estudo, as fontes de atuação administrativa transcendem a lei em sentido estrito. Assim é que não se questiona a importância do reconhecimento do dever administrativo, comprometido com a persecução do interesse coletivo, mas tal incumbência, notadamente quando está em jogo violações aos direitos fundamentais, deverá pautar-se na Constituição. Isso quer dizer que na ausência de lei, os preceitos constitucionais apresentam-se como parâmetros que devem guiar a atuação da Administração Pública na consecução das finalidades impostas.

O ato discricionário não condiz a um campo de atuação subjetiva e independente do Administrador Público. Pelo contrário, à luz das teorizações acerca do princípio da juridicidade, deve ser visto conforme os mais variados graus de vinculação dos atos administrativos a essa juridicidade<sup>84</sup>. E, claro, caso a atuação discricionária se apresente desproporcional ou irrazoável, seja ao restringir um direito fundamental ou ao ser conivente com a omissão do Estado em tutelar determinado direito, não estará imune ao controle pelo Poder Judiciário.

A submissão da Administração Pública à implementação dos objetivos constitucionalmente programados remonta, novamente, à questão da força normativa que a Constituição Federal de 1988 implantou, não só estruturando de que forma o exercício do poder pelo Estado de Direito irá se desenvolver, mas também indicando caminhos de atuação ao próprio Estado. A normatividade dos dispositivos constitucionais impõe uma vinculação positiva ou negativa aos Poderes Públicos<sup>85</sup>, e é por isso que não admitir a atuação administrativa na ausência de lei perde o sentido, já que os preceitos constitucionais estão em jogo para vincularem essa atuação, sob pena de a discricionariedade transformar-se em arbitrariedade.

Por esse motivo, pode-se afirmar que a discricionariedade administrativa, de certa forma, é vinculada, sem prejuízo às possibilidades de apreciação e

---

<sup>84</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 39.

<sup>85</sup> CLÈVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 22.

interpretação dos Agentes Públicos. Deve haver uma relação de submissão ao alcance formal e material da Constituição<sup>86</sup>. Como dito, disso depreende-se que a atividade administrativa nunca está imune ao controle judicial. Discricionariedade não corresponde à liberdade ou arbitrariedade da Administração Pública, na medida em que há “poder discricionário conforme o seu dever” ou um poder juridicamente vinculado<sup>87</sup>.

Obviamente que o que se pretende com a defesa de um ativismo da Administração Pública em efetivar direitos sem a necessidade de judicialização das demandas não impede que o Poder Judiciário atue no seu controle, máxime se tratar de princípio basilar do ordenamento jurídico, com respaldo no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao preceituar que *“nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário, vedando, inclusive, a dualidade da jurisdição”*.

Em suma, refuta-se os dois argumentos comumente utilizados como justificativa à inação da Administração Pública quando não há lei formal: *i)* o primeiro é o de que o vácuo legislativo não habilita a atividade administrativa, já que esta não seria permitida sem a devida regulamentação. Conforme tratado, a quebra do arquétipo fundado na legalidade em sentido estrito, com a introdução da noção do princípio da juridicidade como fundamento da Administração Pública, deslegitima a alegação da falta de lei. Ao invés disso, é possível considerar uma atuação comprometida a reconhecer e assim, prontamente, impedir que uma situação de nítida violação a um direito fundamental se perpetue, através da criação de mecanismos administrativos para isso; e *ii)* o segundo é o de que, ante a ausência de regulamentação, a resolução da situação em desamparo legal estaria adstrita ao “poder” discricionário da Administração Pública. Como visto, o mencionado pretexto não pode prosperar, uma vez que a atividade discricionária não se confunde com uma faculdade de agir ou não, unicamente segundo os critérios subjetivos do Administrador Público<sup>88</sup>, mas com um dever de perseguir os fins estabelecidos em lei ou, na falta dela, os parâmetros preceituados na Constituição.

---

<sup>86</sup> VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. *Discricionariedade administrativa: uma releitura a partir da constitucionalização do direito*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 37-38.

<sup>87</sup> MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. Tradução de Luís Afonso Heck. 14ª ed., Barueri: Manole, 2006, p. 148.

<sup>88</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Op. Cit.*, p. 115.

Somado a isso, nem se argumente que o Poder Judiciário, ao atuar no controle constitucional desses atos administrativos, estaria violando o princípio da separação de poderes, já que esse controle constitucional consiste na verificação da conformidade à luz dos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Deste modo, não há usurpação de prerrogativa de um poder pelo outro, nem tampouco reanálise do mérito do ato administrativo entregue nas mãos do magistrado, pois, se assim o fosse, haveria apenas uma troca de cenário: de arbitrariedade administrativa à arbitrariedade judicial<sup>89</sup>.

A questão da discricionariedade administrativa levanta outra pauta bastante relevante ao estudo da atividade da Administração Pública nos casos de omissão legislativa: a motivação dos atos e decisões administrativas. A doutrina majoritária defende que, independente da natureza do ato administrativo, a motivação será obrigatória, em prestígio ao princípio da moralidade administrativa e do acesso ao judiciário<sup>90</sup>. Inclusive, o art. 50 da Lei de Processo Administrativo Federal estabelece uma série de situações que remetem à obrigatoriedade da motivação, dispondo de que forma a explicação dos motivos deverá ser feita pela Administração Pública.

Apesar de não haver previsão expressa da motivação dos atos administrativos na forma de princípio constitucional, pode-se entender o princípio da motivação implicitamente no art. 1º, II (cidadania como fundamento da República) e parágrafo único (todo o poder emana do povo), e no art. 5º, XXXV (direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito), todos da Constituição<sup>91</sup>. Ou, ainda, com fundamento no art. 93, X, da Constituição, o qual prevê a necessidade de motivação das decisões administrativas dos tribunais. Tal dispositivo, apesar de estar inserido no capítulo destinado a reger o Poder Judiciário, deve ser interpretado de maneira abrangente, incluindo os outros Poderes.

Além disso, no plano infraconstitucional, está presente na Lei nº 9.784/1999 (Processo Administrativo Federal) e na Lei nº 4.717/1965 (Ação Popular). Apresenta-se, pois, como princípio decorrente dos princípios da legalidade, da boa administração, da publicidade, do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa.

---

<sup>89</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Op. Cit.*, p. 83

<sup>90</sup> NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 105.

<sup>91</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. Cit.*, p. 112-113.

O destaque assumido pelo papel da motivação se dá porque ela legitima a atuação administrativa e serve de parâmetro ao controle judicial dos atos estatais. Não há como se pensar num Estado Democrático de Direito sem a obrigação do exercício da função pública pautada nos motivos e fins presentes nos atos e decisões emitidas<sup>92</sup>.

Alinhado a isso, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz defende a existência do direito fundamental à boa Administração Pública, já que a atuação administrativa no Estado Social e Democrático de Direito deve ser orientada ao que o autor chama de “*serviço objetivo do interesse geral*”<sup>93</sup>. O Direito Administrativo não mais se sustenta da construção conceitual fundada a partir das prerrogativas do Administrador Público, pois abre espaço para uma Administração Pública mais aberta, dinâmica e humana, capaz de se ajustar às demandas democráticas, incumbindo-se de promover a igualdade material dos cidadãos, a integralização da dignidade da pessoa humana e o exercício da liberdade solidária das pessoas. No lugar das prerrogativas administrativas encontra-se, pois, o administrado, assumindo um papel central, para que seja possível a promoção da justiça social.

Dessa maneira, consoante ensinamento de Rodríguez-Arana Muñoz, na relação Estado-sociedade, os cidadãos não podem ocupar posição inerte de meros recebedores dos bens e serviços públicos, visto que ocupam papel principal na elaboração e execução das políticas públicas. O interesse geral ora perseguido deve ir além das questões unilaterais do Estado e das abordagens técnico-estruturais, visto que apenas contribuem para a manutenção do *status quo* e do controle da governabilidade. Assim, ressalte-se a pertinência do estudo do direito à boa Administração Pública, pois não há mera execução de políticas públicas, e sim uma verdadeira busca pela articulação interna e externa em prol dos direitos fundamentais dos administrados.

Destarte, julgar que a Administração Pública só poderá agir quando houver um diploma legal que lhe autorize, apresentando-se assim como uma atuação meramente mecânica, reflete a pura desconsideração da importância do papel constitucional que deve assumir o Poder Executivo no Estado Democrático de Direito, firmado pela promulgação da Constituição Federal de 1988, como agente

---

<sup>92</sup> VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. *Op. Cit.*, p. 115-120.

<sup>93</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. Tradução Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 14-17.

não só responsável pela preservação dos direitos fundamentais, mas pela sua efetivação.

A atuação *praeter legem* esbarra em uma série de questionamentos no que se refere à observância do princípio da legalidade como forma de evitar ações invasivas aos direitos individuais e arbitrárias por parte do Administrador Público, abrindo assim espaço para ações que visem interesses secundários e/ou desvirtuados do interesse público. No entanto, como visto, a atividade administrativa nunca poderá ser integralmente desvinculada, já que esbarra (agora sim) nos fins elencados na Constituição. O que não pode ocorrer é a convivência da Administração Pública com a omissão do Poder Legislativo, o que acaba por gerar uma situação de completo desamparo.

Não por outro motivo é que a atuação *praeter legem* encontra nítido respaldo no direito à tutela administrativa efetiva, uma vez não admitida a inércia estatal frente a um direito candente, porém não regulamentado pelo Parlamento. No entanto, o que se percebe na prática é a imensa dificuldade de aceitação pela maior parte da doutrina e dos tribunais<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> Conforme ilustra a ementa: "I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DOS RECLAMANTES. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. LICENÇA-PRÊMIO. EXTENSÃO AOS SERVIDORES PÚBLICOS CELETISTAS. IMPOSSIBILIDADE. Os empregados públicos do Estado de São Paulo não fazem jus à percepção da licença-prêmio, exceto quando a admissão tenha ocorrido anteriormente à lei estadual que suprimiu o benefício, hipótese em que se resguarda o direito adquirido. Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. II- RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. PRÊMIO INCENTIVO. PARCELA INSTITUÍDA POR MEIO DA LEI Nº 8.975/1994, DO ESTADO DE SÃO PAULO. NATUREZA JURÍDICA. IMPOSSIBILIDADE DE INCORPORAÇÃO AOS VENCIMENTOS OU SALÁRIOS. 1.1. O princípio da legalidade, positivado, no âmbito constitucional, nos arts. 5º, II, e 37, "caput", da Carta Magna, consagra a total submissão da Administração Pública às leis, sendo-lhe, pois, vedada a atuação "contra legem" ou "praeter legem". A criação de obrigações ou a imposição de vedações, assim como a concessão de direitos de qualquer espécie aos administrados está vinculada à existência de expressa previsão legal. 1.2. A Lei nº 8.975/1994, do Estado de São Paulo, que dispõe sobre a concessão do "Prêmio de Incentivo", prevê que a parcela terá caráter "experimental e transitório" e, ainda, que "não se incorporará aos vencimentos ou salários para nenhum efeito, e sobre ele não incidirão vantagens de qualquer natureza, bem como os descontos previdenciários e de assistência médica" (arts. 1º e 4º). Descabida, portanto, sua integração ao salário da reclamante. Recurso de revista conhecido e provido". BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. ARR: 616004820095020447, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 29/04/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/05/2015.

## 2.2. Critérios e parâmetros de atuação *praeter legem* da Administração Pública.

Obviamente, uma atuação criteriosa e em observância a parâmetros pré-determinados faz-se imprescindível para frear um comportamento descabido. O princípio da legalidade não pode ser utilizado como meio de aniquilar a ação comissiva administrativa, de maneira a qualificar a ação estatal como subsidiária. Pelo contrário, o ordenamento jurídico brasileiro pressupõe uma postura interventiva e inclusiva da Administração Pública<sup>95</sup>, e não uma atuação subsidiária do Estado<sup>96</sup>. Busca-se, portanto, abandonar a ideia de um Direito Administrativo legalista para lançar as bases de sustentação de um Direito Administrativo Social, o qual enxerga na figura do Estado protagonismo, tudo com o objetivo de abolir as desigualdades sociais do contexto brasileiro.

É preciso reconhecer a impossibilidade de o Poder Legislativo regulamentar todas as situações passíveis de violação de direito ou identificar todas as demandas que eventualmente poderão aparecer em cada caso concreto. Da mesma forma, também verificar que se torna insustentável a judicialização de todas essas demandas, não só por motivos lógicos e estruturais, mas por questões atinentes à realidade brasileira, em que o acesso ao Poder Judiciário continua circunscrito a uma minoria da população.

Em suma, o Judiciário, ao cumprir o seu papel de fiscalização e promoção de direitos, acaba por reconhecê-los de maneira restrita e específica naqueles casos em que o ofendido possui real acesso e condições de postular em juízo. Todos aqueles, igualmente ofendidos, que não dispõem da mesma sorte, restarão desamparados<sup>97</sup>.

Outrossim, especificamente quanto ao vácuo legislativo, o reconhecimento do direito, mediante impetração de Mandado de Injunção, obedecerá aos limites do

---

<sup>95</sup> HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013, p. 341-343.

<sup>96</sup> GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, especialmente p. 203-250.

<sup>97</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (Coords.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 875-880.

caso concreto. Só aqueles munidos de decisão emitida pelo Supremo Tribunal Federal é que poderão obrigar os agentes públicos a promover o direito violado.

É o caso objeto da Súmula Vinculante nº 33, a qual estabelece que *“aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica”*, ante a ausência de Lei Complementar que dispusesse sobre o direito à aposentadoria especial dos servidores públicos, nos termos do comando constitucional, o que gerou um significativo número de mandados de injunção impetrados com o fim de determinar a efetivação desse direito não regulamentado.

A súmula vinculante possui não só o fim de desafogar o Supremo Tribunal de ações repetidas, como também possui *“efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei”*, conforme preceitua o art. 103-A da Constituição Federal. A despeito da ausência de lei complementar, não pode a Administração Pública deixar de analisar os pedidos de aposentadoria especial formulados pelos seus servidores, utilizando-se da justificativa da reserva de lei, visto que o Supremo Tribunal já sinalizou o procedimento adequando, qual seja a análise em analogia aos parâmetros previstos na Lei do Regime Geral de Previdência Social.

A inação do Administrador Público não faz qualquer sentido quando se pressupõe o protagonismo da Administração Pública na efetivação dos direitos fundamentais. Ora, conforme já argumentado, há autorização constitucional à Administração para atuar diretamente nos casos concretos com o fim de promover direitos, além de possuir poder normativo com o fim de regulamentar a prestação dos serviços públicos. Essas possibilidades não devem ser inibidas em razão da ausência de lei<sup>98</sup>.

A multifuncionalidade dos direitos fundamentais demanda uma posição ativa da Administração, negar isso significa conceber um Estado que se preocupa unicamente com a esfera subjetiva individual<sup>99</sup>. E, como visto no primeiro capítulo, a

---

<sup>98</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Op. Cit.*, p. 88.

<sup>99</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 184-186.

faceta prestacional do Estado faz-se imprescindível à efetiva tutela administrativa, em consonância com os princípios constitucionais.

Feita essa reflexão, e considerando que a atuação administrativa *praeter legem* em decorrência do vácuo legislativo só poderá ocorrer com o intuito de promover um direito fundamental, passa-se a analisar os possíveis parâmetros e critérios que essa atuação deve seguir.

O primeiro passo a ser traçado consiste em buscar revelar se a violação do direito fundamental se dá na esfera subjetiva ou objetiva, já que no primeiro caso a finalidade perseguida é a proteção e no segundo é a promoção. Em ambas as hipóteses a omissão legislativa irá demandar um posicionamento proativo do Administrador Público, por essa razão, é importante pontuar que aqui a proteção da dimensão subjetiva não corresponde à abstenção estatal nos termos do pensamento administrativista liberal. Pelo contrário, a atuação *praeter legem* consiste na reunião de esforços institucionais dentro da seara administrativa, reconhecendo a responsabilidade que recai ao Estado na promoção dos direitos dos cidadãos.

Constatada afronta à dimensão subjetiva, cabe ao Estado proporcionar todas as condições necessárias à proteção do direito ora violado. Nesse caso, haverá uma procura daqueles desamparados pela omissão legislativa, seja diretamente na esfera administrativa ou pelas vias judiciais. Sendo assim, antes de tudo, faz-se necessário averiguar a existência de posicionamento jurisprudencial consolidado emitido pelos tribunais superiores. Caso positivo, em prestígio ao direito à tutela administrativa efetiva, a Administração Pública possui o dever de infiltrar o entendimento jurisprudencial na sua atuação, através da implementação de medidas, como a edição de atos normativos, a articulação e comunicação dos órgãos diretamente envolvidos para que seja possível homogeneizar o tratamento dessas demandas, podendo, inclusive, orientar a emissão de súmulas internas, cujo objetivo será rigorosamente pacificar a atuação de cada órgão administrativo<sup>100</sup>.

Além disso, ainda dentro da esfera subjetiva do direito fundamental violado, faz-se igualmente cabível a atuação direta no caso concreto, não só mediante a edição de atos normativos que busquem regulamentar a matéria e assim amparar o cidadão à margem da lei formal, mas também através da utilização de técnicas de interpretação que possam fundamentar e legitimar o ato administrativo, recorrendo

---

<sup>100</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva... Op. Cit.*, p. 435.

às fontes presentes em todo o ordenamento jurídico. Cabe destacar que essa promoção concreta dos direitos fundamentais não pode deixar de estar pautada em um pressuposto universalizante, objetivando, sempre que possível, abranger todos aqueles na mesma situação<sup>101</sup>.

Se, por outro lado, não houver regulamentação legislativa essencial ao exercício de um direito fundamental, o qual demanda uma prestação por parte do Poder Público, está-se falando do abandono da dimensão objetiva do direito.

Aqui um parêntese. Quando a atividade administrativa *praeter legem* restringir uma garantia constitucional, a razão de ser dessa atuação perde o sentido. Isto é, deve-se pressupor uma situação de pleno desamparo, quando então a Administração Pública deverá agir, angariando recursos e focalizado esforços para que a esfera do direito seja ampliada e, assim, concretizada. Mas, de forma alguma, pode atuar comprimindo a dimensão ocupada (ou que deveria ser ocupada) por um direito fundamental.

O princípio da juridicidade deve ser evocado como fundamento da atuação administrativa em conformidade com ordenamento jurídico como um todo, sem que se fechem os olhos à garantia da tutela administrativa efetiva<sup>102</sup>. Não há, portanto, um abandono da lei formal, já que caso haja regulamentação, mesmo que parcial, deverá o Estado garantir que a tutela do direito se dará em sua integralidade, tomando as medidas necessárias à materialização dos comandos constitucionais nas questões obscuras, indeterminadas ou até ausentes do diploma legal.

Não por outro motivo é que um grande exemplo de atuação *praeter legem* se dá com vistas aos entendimentos consolidados dos tribunais superiores ou até através da interpretação abrangente de algumas leis, quando o Estado não deixa de agir e pauta a sua atuação em regulamento de conteúdo similar, aplicando-o em analogia.

O que se busca ao considerar a possibilidade de atuação administrativa *praeter legem* é desconstruir a imagem da Administração Pública como mera executora de leis, atividade esta que não demandaria qualquer impulso autônomo da Instituição, mas tão somente uma atuação mecânica, subsidiária e derivada, só

---

<sup>101</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva... Op. Cit.*, p. 437.

<sup>102</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva... Op. Cit.*, p. 445.

agindo quando provocada<sup>103</sup>. Tal visão desconsidera absolutamente a posição que deve ocupar o Estado em efetivar os direitos fundamentais, seja protegendo-os quando o cidadão encontrar-se em situação de desamparo, seja promovendo-os quando não há regulamentação encarregada disso.

O fato é que a legalidade não se apresenta como justificativa à inação do Estado. A ideia de Administração Pública contida nas amarras da lei emitida pelo Poder Legislativo já não prospera na realidade de um Estado que se diz Social e Democrático de Direito. São elementos, essencialmente, incompatíveis. Não é difícil perceber que a legalidade em sentido estrito não consegue (e nunca conseguiu) abarcar todas as demandas e eventuais situações passíveis de tutela pelo Estado.

Dito isto, não há que se falar em proibição da atuação *praeter legem* quando o objetivo for a busca pela implementação e materialização da esfera fundamental de direitos dos cidadãos<sup>104</sup>. Nesse sentido, também não poderá aparecer como barreira a prerrogativa da discricionariedade administrativa, já que é rigorosamente vinculada aos preceitos constitucionais, no sentido de promover uma tutela administrativa efetiva.

---

<sup>103</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Op. Cit.*, p. 89.

<sup>104</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva... Op. Cit.*, p. 431.

### CAPÍTULO 3 - ANÁLISE PRÁTICA DA ATUAÇÃO *PRAETER LEGEM* DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Cada caso concreto apresenta peculiaridades que devem ser analisadas à luz dos parâmetros que autorizam a tomada de medidas administrativas sem o amparo legal para tanto.

Antes de tudo, exclui-se qualquer medida extralegal que acabe por restringir a esfera jurídica dos cidadãos. Este é o requisito de cabimento da atividade administrativa *praeter legem*<sup>105</sup>. Caso contrário, a atuação administrativa não será cabível.

O referido critério fica bastante claro quando a analisada a seguinte situação: utilizando-se como fundamento o prestígio aos princípios da moralidade e da impessoalidade, princípios regentes do Direito Administrativo, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 07, de 18 de outubro de 2005. Delimitaram-se as práticas de nepotismo dentro do Judiciário, determinando a nulidade dos atos que ali fossem enquadrados. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 13, a qual estendeu a referida determinação a todos os poderes<sup>106</sup>.

A Resolução nº 07/2005, ao definir as práticas de nepotismo, incluiu como parâmetro *“cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau”*<sup>107</sup>, isto é, o agente administrativo acabou por criar restrição a um direito constitucionalmente estabelecido. Isso porque o art. 37, I, da Constituição Federal consagra o princípio da ampla acessibilidade aos cargos e empregos públicos a todos os brasileiros que preencham os requisitos legalmente previstos. E, tratando-se de reserva de lei, com relação aos níveis de parentesco por

---

<sup>105</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva... Op. Cit.*, p. 433.

<sup>106</sup> Veja-se o conteúdo da Súmula Vinculante nº 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

<sup>107</sup> “Art. 2º. Constituem práticas de nepotismo, dentre outras: I – o exercício de cargo de provimento em comissão ou de função gratificada, no âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo, por cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados;”.

afinidade, o Código Civil define-os unicamente na figura do primeiro e segundo grau de parentesco<sup>108</sup>.

Ora, como visto, o primeiro critério autorizativo da atuação *praeter legem* da Administração Pública é a ampliação do direito tutelado, mas nunca a previsão de sua restrição. Trata-se, pois, de caso em que a Administração Pública, apesar das boas intenções em aperfeiçoar o serviço público à luz da impessoalidade e da moralidade administrativa, acabou por produzir situação de constrição de outro direito, qual seja o da ampla acessibilidade aos cargos e empregos públicos, direito este materialmente fundamental, nos termos do art. 5º, §2º, da Lei Fundamental<sup>109</sup>.

Dessa forma, não se pode admitir o agir *praeter legem* amparado em determinados princípios, se, para tanto, for necessário restringir outro<sup>110</sup>. Portanto, frustra-se o critério autorizativo da atuação administrativa *praeter legem*, uma vez não ampliada a dimensão do direito.

Em contrapartida, como forma de iluminar a necessidade de se perceber a conduta administrativa intimamente ligada e equalizada com as garantias fundamentais, toma-se a Resolução nº 175, de maio de 2013, também emitida pelo CNJ, a qual versa sobre a habilitação da celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Tal ato normativo foi impulsionado pela decisão do STF, no julgamento da ADI nº 4277, que reconheceu a possibilidade de união estável entre casais do mesmo sexo<sup>111</sup>.

---

<sup>108</sup> “Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade. § 1º O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro”.

<sup>109</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva... Op. Cit.*, p. 435.

<sup>110</sup> BALELLAR FILHO, Romeu Felipe; *A aversão ao nepotismo não autoriza o desrespeito às garantias fundamentais*, v. 101, nº 925, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2012, p. 429-451.

<sup>111</sup> Observe-se trecho da ementa: “1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do

Como se vê, a Resolução nº 175/2013 vai além. Ao obrigar os cartórios a celebrarem casamentos entre pessoas do mesmo sexo, engrandece o sentido do direito à liberdade de orientação sexual<sup>112</sup>, direito fundamental material, com esteio no art. 3º, IV, da Constituição Federal, que estabelece como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do “*bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”.

Assim, passa-se à análise de dois casos concretos, como forma de aclarar a reflexão ora sugerida sobre a possibilidade da atuação administrativa *praeter legem*. Serão analisados os critérios autorizativos, bem como os parâmetros utilizados (ou que deveriam ser utilizados) pela Administração.

Num primeiro momento, será analisado o caso das próteses de silicone que entravam no mercado brasileiro sem o devido teste, em razão da ausência de regulamentação legal específica (ponto 3.1.). Com a urgência nas medidas a serem tomadas, em razão da proporção que o caso tomou com contaminação de pacientes e o desenvolvimento de graves sequelas, o Poder Público teve que tomar as medidas administrativas necessárias para driblar as barreiras institucionais e legais.

Em seguida, busca-se propor uma reflexão acerca da ausência de Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV) na cidade de Curitiba (ponto 3.2.). Nesse caso, apesar de o Estatuto da Cidade prever a necessidade de elaboração do referido estudo, a omissão legal acaba por legitimar situação de afronta ao direito à moradia adequada e, conseqüentemente, ao direito à cidade.

### **3.1. Ausência de lei que regulamente o procedimento de testes com implantes e próteses: o caso das próteses de silicone da marca francesa PIP**

Parte-se à análise de caso concreto que ensejou a tomada de medidas (sejam elas através de atos normativos ou de ações concretas) por parte da Administração Pública, em razão da omissão legislativa.

---

art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos (...)”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. - ADI: 4277 DF, Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341.

<sup>112</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva... Op. Cit.*, p. 442.

Pois bem. Tudo começou quando as próteses de silicone da marca francesa PIP romperam em 2010, o que ocasionou a intoxicação de algumas pacientes e até o desenvolvimento de câncer de mama em outras<sup>113</sup>. Como agravante, denúncias indicavam que havia silicone industrial, e não médico, dentro das próteses. Ou seja, tratava-se de fraude, já que o produto foi registrado como silicone médico. O caso gerou uma corrida dos organismos reguladores de cada país para averiguar como funciona a fiscalização por parte dos Poderes Públicos às empresas que comercializam esse tipo prótese<sup>114</sup>.

Apesar da gravidade, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA não poderia proibir a comercialização do produto indeterminadamente, ante a ausência de provas de que de fato havia algo de errado com a prótese, conforme a legislação nacional.

Na prática, a ANVISA deveria apreender e rodar testes no produto, medida prevista na Lei nº 6.437/1977, a qual dispõe sobre as infrações à Legislação Sanitária Federal. No caso das apreensões, devido à denúncia, a referida lei prevê que a apuração do ilícito deverá ser feita através da apreensão de amostras para a realização de análise fiscal, estabelecendo um prazo de noventa dias à interdição do produto<sup>115</sup>.

Os produtos previstos no supracitado diploma legal são: *“alimentos, produtos alimentícios, medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos, produtos dietéticos, de higiene, cosméticos, correlatos, embalagens, saneantes, utensílios e aparelhos que interessem à saúde pública ou individual”*. Note-se que não são citadas próteses ou implantes. Supôs-se então que eram *“utensílios que interessem a saúde pública ou individual”*.

---

<sup>113</sup> Estudo francês mostra ligação entre câncer e próteses de silicone. *O Tempo*. Belo Horizonte, 13 abril 2015. Disponível em: <<http://www.otempo.com.br/interessa/estudo-franc%C3%AAs-mostra-liga%C3%A7%C3%A3o-entre-c%C3%A2ncer-e-pr%C3%B3teses-de-silicone-1.1023597>>. Acesso em: 14 novembro 2015.

<sup>114</sup> França faz “recall” de implante de silicone por risco de rompimento. *R7 Notícias*. São Paulo, 31 março 2010. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/saude/noticias/franca-faz-recall-de-implante-de-silicone-por-risco-de-rompimento-20100331.html>> Acesso em: 14 novembro 2015.

<sup>115</sup> “Art . 23. A apuração do ilícito, em se tratando de produto ou substância referidos no art. 10, inciso IV, far-se-á mediante a **apreensão de amostras para a realização de análise fiscal** e de interdição, se for o caso. § 4º - A interdição do produto e do estabelecimento, como medida cautelar, durará o tempo necessário à realização de testes, provas, análises ou outras providências requeridas, **não podendo, em qualquer caso, exceder o prazo de noventa dias**, findo qual o produto ou estabelecimento será automaticamente liberado”.

No caso em questão, houve a interdição do produto (implante da PIP) para a realização de testes, conforme diz a lei. E no caso de interdição, os ensaios teriam que ocorrer até noventa dias. A referida lei fala em "análise fiscal", já regulamentada pelo Decreto-lei nº 986/69. Tal análise funciona, basicamente, da seguinte forma: a coleta da amostra deve ser em triplicata, três partes iguais em três sacos diferentes, sendo uma chamada de prova, uma de contraprova e uma de testemunho, tudo lacrado.

A prova e o testemunho deverão ser encaminhados para o laboratório, enquanto a contraprova deverá permanecer com o detentor do registro. Em ato contínuo, o laboratório testa a prova. Caso haja aprovação, a venda está liberada. Já em caso de reprovação, a empresa é contatada para levar a contraprova, se tiver interesse. A contraprova é então testada. Em caso de reprovação, o produto estará reprovado definitivamente.

No entanto, conforme visto, a lei vale apenas para alimentos. A questão complica-se na medida em que o Decreto de 1969 é o único que regulamenta detalhadamente o procedimento de análise fiscal e as exigências referentes ao teste do produto. O fato era esse: havia um problema, e o embasamento jurídico para a questão era falho. Em decorrência disso, máxime a urgência da situação, o Poder Executivo precisou tomar medidas prontamente.

O art. 3º da Lei nº 6437/77 estabelece que a exposição ao consumo só será possível mediante registro no órgão competente do Ministério da Saúde. Disso se extrai que a ANVISA, de fato, seria o órgão competente para tratar da matéria, contudo, o que se percebe é a ausência de lei que regulamente outros produtos para a saúde, além dos alimentos.

Dessa forma, chega-se à Lei 6.360/1976, que consagrou a competência da ANVISA para tratar de medicamentos, cosméticos, higiênes, perfumes, produtos (químicos) para correção estética etc. O grande problema é que a lei cita que os produtos devem passar por análise fiscal, mas não define como é a análise fiscal neste caso<sup>116</sup>. A única definição legal a respeito, conforme visto, não menciona próteses ou implantes, limitando-se a regulamentar a questão alimentícia.

---

<sup>116</sup> "Art. 1º. Ficam sujeitos às normas de vigilância sanitária instituídas por esta Lei os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, definidos na Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, bem como os produtos de higiene, os cosméticos, perfumes, saneantes domissanitários, produtos destinados à correção estética e outros adiante definidos.

Desta maneira, restou à ANVISA realizar interpretações e documentá-las através de Resoluções e Decretos. Assim, foi entendido que o procedimento de análise fiscal dos alimentos também valeria para todas as outras leis que citam a análise fiscal. Em suma, a análise fiscal seria igual para todos os produtos.

Quando apareceram os problemas nos implantes mamários, a ANVISA então definiu os critérios técnicos, baseados em normas internacionais, como a ISO 14.607. Assim, editou-se a RDC nº 16/2012 que aprovou o Regulamento Técnico, o qual estabeleceu os requisitos mínimos de identidade e qualidade para implantes mamários, conforme ensaios, procedimentos e metodologias descritos na Norma Técnica, ou norma que vier a substituí-la.

Em virtude da necessidade de certificação compulsória, atribuição de competência do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia - INMETRO, a avaliação de conformidade foi viabilizada mediante a edição da Portaria nº 162/2012 pelo referido Instituto, conforme se vê a seguir:

Considerando a importância de os implantes mamários, comercializados no país, apresentarem requisitos mínimos de segurança, resolve baixar as seguintes disposições:

Art. 1º Aprovar os Requisitos de Avaliação da Conformidade para Implantes Mamários, disponibilizados no sítio [www.inmetro.gov.br](http://www.inmetro.gov.br).

Art. 3º Instituir, no âmbito do Sistema Brasileiro de Avaliação da Conformidade – SBAC, a certificação compulsória para implantes mamários, a qual deverá ser realizada por Organismo de Certificação de Produto – OCP, acreditado pelo Inmetro, consoante o estabelecido nos Requisitos ora aprovados.

Então, com certificação compulsória, todos os implantes mamários deveriam começar a passar por testes obrigatoriamente no Brasil, antes da comercialização, por laboratórios acreditados pelo INMETRO. O monitoramento do mercado ficaria a cargo da ANVISA, através da análise fiscal.

---

Art. 2º - Somente poderão extrair, produzir, fabricar, transformar, sintetizar, purificar, fracionar, embalar, reembalar, importar, exportar, armazenar ou expedir os produtos de que trata o Art. 1º **as empresas para tal fim autorizadas pelo Ministério da Saúde** e cujos estabelecimentos hajam sido licenciados pelo órgão sanitário das Unidades Federativas em que se localizem.

Art. 69. **A ação fiscalizadora é da competência: I – do órgão federal de saúde:** quando o produto estiver em trânsito de uma para outra unidade federativa, em estrada via fluvial, lacustre, marítima ou aérea, sob controle de órgãos federais; quando se tratar de produto importado ou exportado; **quando se tratar de colheitas de amostras para análise de controle prévia e fiscal”;**

Com o problema jurídico vencido (ou praticamente), começaram os problemas práticos, os quais também envolvem leis e resoluções, e principalmente, a legalidade do financiamento.

A ANVISA deveria iniciar o monitoramento das próteses que já estavam no mercado e, principalmente, testar o produto da marca PIP antes que a interdição caísse em 90 dias. A questão é que a ANVISA só pode usar os seus laboratórios oficiais para realizar os testes de análise fiscal. São os chamados LACENs, presentes em cada estado da federação. A motivação de tal determinação legal é óbvia: por se tratarem de laboratórios públicos, institucionalmente ligados à ANVISA, não estão sujeitos à pressão externa, já que não pertencem à iniciativa privada.

Contudo, os LACENs foram historicamente preparados para realizar ensaios químicos de alimentos, medicamentos, cosméticos etc. Não possuindo estrutura física nem profissional para o teste de implantes e próteses, os quais necessitam de ensaios mecânicos, com equipamento muito específico, engenheiros mecânicos e de materiais para analisar os resultados. Resultado: não havia como habilitar um LACEN para realizar os ensaios necessários em 90 dias, antes da interdição.

Com isso, a ANVISA entrou em contato com os laboratórios das Universidades Federais, os quais possuíam a condição técnica necessária. Porém, como já explicado, tais laboratórios não podem ser utilizados pela ANVISA. A única maneira de resolver isso dentro do prazo seria: criar alguma “brecha” para considerar laboratórios universitários como oficiais da ANVISA, tal qual o LACEN. Isso foi feito através da Resolução nº 5.214/2011 emitida pela ANVISA, mesmo em desconformidade legal.

O último entrave para que fosse possível colocar em prática os testes de maneira emergencial revelou-se na questão do financiamento desses laboratórios, uma vez que se tratam de ensaios que demandam uma série de recursos financeiros e estruturais. A ANVISA não poderia destinar parte de seu orçamento para pagar às universidades. As linhas legais de financiamento só permitiam a utilização do dinheiro para os LACENs, pois estes pertencem ao Ministério da Saúde. As universidades são do Ministério da Educação.

A maneira encontrada pelo executivo para pagar por estes ensaios foi: Nações Unidas, através do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), que financiou o "Projeto de Estruturação do Sistema de Vigilância e

Monitoramento de Produtos para a Saúde". Este projeto é o de estruturação, motivo pelo qual, foi pedido pelo Executivo ao Congresso Nacional que abrisse a possibilidade, mediante edição de lei, de financiamento dos laboratórios universitários pela ANVISA.

Em suma: i) as leis não previam os responsáveis institucionais pela regulamentação de próteses e implantes (produtos para a saúde), razão pela qual a ANVISA editou a RDC 56/2001; ii) as leis não previam que próteses e implantes deveriam ser verificadas por análise fiscal. Assim, interpretou-se que o Decreto 79.094/77 (vigente à época) previa isso; iii) Não havia consenso sobre qual órgão devia condicionar os requisitos de aprovação de implantes. Em razão disso, a ANVISA emitiu a RDC 16/12 e o Inmetro a Portaria 162/2012; iv) Não havia condições técnicas da rede oficial da ANVISA realizar os ensaios. Assim, foi criada a Resolução nº 5.214, que possibilitou a inclusão dos laboratórios universitários federais; e v) por fim, como não havia como dispor de recursos do Ministério da Saúde para pagar os ensaios, recorreu-se às Nações Unidas.

Dessa forma, no que se refere ao critério de cabimento da atuação *praeter legem*, este se encontra presente, visto que em nenhum momento a Administração Pública buscou restringir a esfera jurídica das mulheres afetadas ou das potenciais ofendidas. Pelo contrário, buscou-se reunir todos os meios possíveis para impedir que as próteses entrassem no mercado sem prévia análise, notadamente em razão das denúncias que demonstraram ser a demanda extremamente emergencial.

Além disso, quanto aos parâmetros dessa atuação, note-se que o Administrador Público acabou se utilizando de uma série de medidas administrativas alternativas, para que fosse possível a realização dos testes nos implantes e próteses, antes do ingresso no mercado brasileiro, tais como atos normativos emitidos pela ANVISA e pelo INMETRO, além do angariamento de recursos através de políticas internacionais encabeçadas pela ONU.

Como resultado, a empreitada administrativa não deixou que o direito à saúde, aqui na sua esfera subjetiva, fosse violado em razão da falta de regulamentação específica para o caso.

### 3.2. Ausência de Lei Municipal que regulamente o Estudo de Impacto de Vizinhança no Município de Curitiba.

No Direito Urbanístico, a omissão legislativa cria espaços de desamparo em razão da necessidade de regulamentação que deveria ser feita e não foi. A Constituição Federal, no art. 24, I, estabelece a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal no que se refere às matérias atinentes ao urbanismo. Além disso, o art. 182 dispõe que a política de desenvolvimento urbano deverá ser executada pelo Poder Público Municipal.

No entanto, o que se percebe, na prática, é uma enorme dificuldade em concretizar os fins constitucionais, mesmo após a edição do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), que se incumbiu de regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal<sup>117</sup> e de estabelecer diretrizes gerais de política urbana. Isso porque, além de esbarrar em interesses essencialmente ligados ao poderoso mercado imobiliário e a uma lógica mercadológica do direito à moradia, ainda está intimamente ligada aos padrões de legalidade e de atuação do Estado.

O mencionado artigo 182 ao indicar como fio condutor da política urbana brasileira “o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”, fundamenta-se no que Henri Lefebvre, desde a década de 1960, chama de direito à cidade<sup>118</sup>. Parte-se da ideia de apropriação coletiva da cidade, como ambiente necessário à promoção da qualidade de vida do cidadão, mediante a universalização do acesso a todos os meios essenciais à vida.

O direito à cidade, na perspectiva adotada por David Harvey<sup>119</sup>, deve ser entendido como um direito coletivo derivado do direito à moradia, cujo conteúdo é ampliado para considerar o direito do cidadão a poder desenvolver-se livremente, conforme se vê a seguir:

---

<sup>117</sup> “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (...)”.

<sup>118</sup> LEFEBVRE, H. O direito à cidade. São Paulo: 2ª Ed. Editora Centauro, 2001 [1968].

<sup>119</sup> HARVEY, David. O direito à cidade. New Left Review, n. 53, 2008, p. 27.

A fragmentação do espaço (para a venda e a troca) e a capacidade técnica e científica da produção do espaço social a escala planetária. A essa fragmentação do espaço, Lefebvre contrapõe o direito à cidade. Ele se apoia neste conceito para a construção de uma análise global, superando a falsa análise ou fragmentada. Lefebvre refere-se ao direito dos cidadãos e dos grupos por eles constituídos “de figurar sobre todas as redes e circuitos de comunicação, de informação, de trocas”. (...) Em consequência, excluir do urbano classes, grupos e indivíduos significa excluí-los da civilização e da sociedade. O direito à cidade significa a rejeição ao afastamento da realidade urbana. Ao mesmo tempo, esse direito dos cidadãos anuncia a crise inevitável dos centros constituídos sobre a segregação “centros de riqueza, de poder, de informação, de conhecimento, que lançam para os espaços periféricos todos os que não participam dos privilégios políticos”. O direito à cidade representa o inverso da fragmentação do espaço, ou seja, a reconstituição da unidade espaço temporal, a reunião e o encontro. Essa unidade, que outros podem chamar de sujeito individual ou coletivo tem como finalidade a “segurança-felicidade”, tal e como Aristóteles define o sentido da polis<sup>120</sup>.

Com o efeito, o planejamento urbano apresenta-se como ferramenta capaz de promover o desenvolvimento das potencialidades humanas, sejam elas na esfera individual ou coletiva. A necessidade de se pensar a forma como os espaços urbanos são utilizados, de maneira que o direcionamento da ocupação do solo urbano caminhe no sentido da concretização do direito à cidade<sup>121</sup>.

O Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV) representa um instrumento de política urbana, cujo objetivo é subsidiar o licenciamento de empreendimentos ou atividades que possam causar impactos. Dessa forma, apresenta-se como importante instrumento que possibilita a minimização ou, ao menos, a compensação dos danos causados pelas obras. O EIV é previsto no Estatuto das Cidades, Lei nº 10.257/2001, subsidiando tais empreendimentos públicos ou privados. Entre os danos, deverão ser estimados procedimentos adequados à instalação e à operacionalização das obras, além da averiguação dos potenciais impactos ao Meio Ambiente, sistema viário ou à comunidade que ali reside.

A instituição do EIV confirma o Direito de Vizinhança como elemento da política urbana<sup>122</sup>, com o objetivo de orientar o uso e a ocupação do solo urbano,

---

<sup>120</sup> SOTO, William Héctor Gómez. Espaço e política em Lefebvre. In: *Pensamento Plural*. Pelotas [03]: 179 – 185, julho/dezembro 2008, p. 181-182.

<sup>121</sup> COSTADELLO, Angela Cassia. Perspectivas do desenvolvimento urbano à luz do direito fundamental à cidade. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Euro-latinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 88.

<sup>122</sup> HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro; WÚTRICH, Fabiana; JACOBOWSKI, Alessandra; FAGGION, Arthur; BECHER, Jonatas; AULER, Mariana Marques. Do Estudo de Impacto de

bem como de prevenir e mediar eventuais conflitos ocasionados pelo impacto que grandes empreendimentos possam causar nas localidades de instalação, sem comprometer o direito à cidade de toda a população envolvida.

O EIV deverá ser elaborado pela empresa responsável pelo empreendimento, detalhando uma série de fatores como valorização imobiliária, geração de tráfego, transporte público, adensamento populacional, paisagem urbana etc. No entanto, o art. 36 do Estatuto da Cidade transfere às mãos do Legislador Municipal a competência para criar lei especificando quais os empreendimentos ou atividades terão como requisito a elaboração prévia de EIV.

Para essas determinadas construções, faz-se imprescindível a análise dos efeitos que o empreendimento poderá gerar àquele meio social, de maneira que fique clara a extensão das possíveis consequências. Viabiliza-se assim o controle preventivo ou então, caso não se consiga obstar eventuais danos ao espaço e à população que ali reside, o estabelecimento de meios efetivos de compensação aos efeitos negativos.

Tais compensações autorizam o Poder Público a determinar que as empresas responsáveis pela construção promovam alguma contrapartida estrutural no entorno do local ou, até uma contrapartida social, com a construção de bens públicos, com o fim de minimizar os danos ali causados à população.

O Estudo de Impacto de Vizinhança busca democratizar todo o processo de instalação de obras que gerarão grande impacto estrutural e social no ambiente urbano. Busca-se, pois, regulamentar a forma como decisões são tomadas no planejamento dos empreendimentos, na medida em que a Administração Pública possa atuar na fiscalização e no cumprimento das obras, sem desviar a atenção dos direitos fundamentais ali em jogo.

O interesse privado, mesmo que totalmente descolado da prestação do serviço público, também deve se submeter à supremacia constitucional, já que são abrangidos pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais, não podendo agir sem

qualquer limite aos procedimentos que serão empregados na construção de obras de grande porte<sup>123</sup>.

No caso específico do município de Curitiba, o próprio Plano Diretor (Lei nº 11.266/2004) prevê o EIV, no entanto, estabelecendo que, novamente, outra Lei Municipal deverá se encarregar disso. A competência para a edição da referida lei é transferida incessantemente, o que acaba amparando situações, como a existência de empreendimento de alto porte, de um lado, e a população que sempre habitou o local, de outro, tendo o seu direito à cidade tolhido.

Até o momento, Curitiba possui o Estudo de Polo Gerador de Tráfego, recomendado para empreendimentos que afetem o trânsito e o sistema viário, além do Relatório Ambiental Prévio (RAP), instrumentos estes ainda muito limitados para regular a extensão dos danos que podem ser causados, desconsiderando as inúmeras facetas que o Direito Urbanístico deve tutelar.

Conforme visto, a ausência do Estudo de Impacto de Vizinhança não só prejudica o melhor controle e fiscalização da construção de grandes empreendimentos, como representa nítida privação da participação popular no processo mudança do meio social. Sem o EIV não há gestão democrática da cidade, já que os processos de licenciamento acabam acontecendo por baixo dos panos, afastando a participação do cidadão que também é indiretamente afetado.

No caso ora discutido, a Administração Pública não agiu, seguindo a inércia do Legislador Municipal. No entanto, partindo da fundamentação utilizada ao longo do presente trabalho, mesmo com a reserva de lei, é possível reconhecer a possibilidade de incentivo a mecanismos administrativos que busquem suprir a ausência de regulamentação do EIV, tais como reuniões, consultas e audiências públicas, ao lado dos conselhos com presença da sociedade civil, com objetivo de promover a articulação entre os órgãos do Estado e os envolvidos.

No contexto fundado no protagonismo das Constituições, como paradigma da atuação estatal, há uma tendência à pluralização das instituições participativas, formais ou até informais, utilizadas pela Administração Pública<sup>124</sup>. Assim, ao lado dos espaços já conhecidos pelo ordenamento jurídico, como o referendo e o

---

<sup>123</sup> FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia. *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7.

<sup>124</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo... Op. Cit.*, 13-14.

plebiscito, sugere-se a promoção de consultas e audiências públicas, bem como uma articulação com os líderes comunitários, objetivando alcançar a participação de todos os envolvidos e, como resultado, uma gestão urbana democrática.

Aqui ganha destaque a participação popular. Deve-se abrir espaço para discutir todos os interesses presentes, sem olvidar que interesses privados e absorvidos pelo mercado imobiliário nunca poderão suplantar o direito fundamental à moradia, e em decorrência dele o direito à cidade, além do princípio da função social da propriedade.

Como se vê, não há porque não se autorizar um comportamento *praeter legem* por parte da Administração Pública, já que não se pretende restringir a esfera jurídica dos cidadãos, mas tão somente garantir que as obras de licenciamento de grandes empreendimentos sejam instaladas no meio urbano sem qualquer violação ao direito à moradia da população que será afetada pela construção.

Igualmente, em se tratando da obrigação de promover a efetiva fruição do direito à moradia e à cidade, integrante da dimensão objetiva desses direitos fundamentais, deverá o Poder Público tomar as medidas necessárias para que a omissão legislativa não consolide situação de clara afronta. Deve-se, sim, perseguir um diálogo não só intrainstitucional, mas com os sujeitos envolvidos, permitindo uma gestão urbana democrática e proporcionando uma tutela administrativa exitosa.

Não há, portanto, substituição de um Poder pelo outro, ou seja, não se defende que o Poder Executivo, ante a ausência de Lei Municipal regulamentando o EIV, deva criar unilateralmente requisitos e impor às empresas. Pelo contrário, enquanto a lei não é promulgada, a Administração Pública não poderá seguir a inércia legislativa. Deverá, a seu turno, promover medidas que possibilitem uma gestão urbana igualitária e justa.

## CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, buscou-se analisar de que maneira a Administração Pública, uma vez esculpida pelos novos paradigmas do Direito Administrativo, poderá agir quando não houver lei em sentido formal capaz de regulamentar determinada situação e assim tutelar os direitos ali envolvidos.

Num primeiro momento, procurou-se demonstrar que o princípio da legalidade amparado no paradigma do Estado Liberal e no positivismo jurídico não mais pode imperar no contexto atual, o qual reivindica uma Administração Pública à luz da normatividade do texto constitucional. Igualmente, o princípio da separação de poderes descola-se da ideia de que a lei advinda do Poder Legislativo, símbolo da soberania do povo, seria o único parâmetro capaz de respaldar e limitar a atuação administrativa, restando ao Executivo posição de mero executor das leis do Parlamento.

A quebra do império absoluto da lei em sentido estrito deveu-se, essencialmente, às mutações ocorridas no significado e no valor das Constituições ocidentais. Asseverou-se que o Estado Constitucional de Direito não mais focaliza uma atuação abstencionista, passando a absorver o dever de prestação. Para tanto, faz-se primordial ao estudo o reconhecimento do caráter multidimensional dos direitos fundamentais, ao observarem-se uma dimensão subjetiva e outra objetiva. Essa última reclama deveres positivos ao Estado em atuar na tutela efetiva dos direitos dos administrados.

Nesse contexto, procurou-se traçar a presença de um princípio mais abrangente, que pudesse acoplar ao seu sentido não só a legalidade estrita, como também outras fontes jurídico-normativas. O princípio da juridicidade aparece como elemento basilar da atuação administrativa *praeter legem*, uma vez que não condiciona a ação da Administração Pública à lei formal, admitindo outros referenciais possíveis.

Na sequência, mostrou-se que as fontes da juridicidade administrativa devem seguir uma hierarquia. Parte-se da Constituição, considerando a sua normatividade e supremacia, avançando, em seguida, à consideração dos tratados internacionais (convencionalidade), da lei em sentido estrito e dos atos normativos administrativos (autovinculação). Recorrendo ao direito comparado, analisou-se a

Constituição do Chile, a qual possui previsão expressa do princípio da juridicidade como instrumento que vincula integralmente a atuação da Administração Pública ao ordenamento jurídico.

Feitas essas considerações, buscou-se pensar no paradoxo da inércia administrativa diante da omissão legislativa, dado que a Constituição Federal estabelece a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Sendo assim, demonstrou-se que a Administração Pública não poderá deixar de agir e compactuar com a situação de desamparo que a omissão legislativa proporcionou.

Ao lado da ausência de lei formal, demonstrou-se que a discricionariedade administrativa também é utilizada como justificativa à inação administrativa. Tal argumento respalda-se comumente na ideia de que, ante a ausência de lei, o Administrador Público não estaria obrigado a agir, já que se trataria de escolha adstrita ao seu poder discricionário. O presente estudo procurou contestar o referido argumento, uma vez que a discricionariedade administrativa deve ser entendida como função entregue nas mãos da Administração Pública para que assim possa satisfazer de maneira efetiva os interesses coletivos. É, portanto, vinculada aos princípios constitucionais.

Destarte, sublinhou-se a importância da motivação de todos os atos e decisões administrativas, além da consideração dos direitos à boa Administração Pública e à tutela administrativa efetiva, iluminando o papel central ocupado pelo administrado.

Na sequência, pretendeu-se estabelecer critérios autorizativos da atuação *praeter legem*, além de pensar nos possíveis parâmetros dessa atuação. Antes de tudo, ressaltou-se a impossibilidade de o Poder Legislativo tutelar toda e qualquer situação, bem como a inviabilidade de se esperar a judicialização de todas as demandas. O reconhecimento pela via judicial restringe-se aos limites do caso concreto.

Assim, investigaram-se os critérios e parâmetros dessa atuação, apontando ao imperativo de que a ação *praeter legem*, em nenhuma hipótese, poderá representar restrição a um direito fundamental. Isso quer dizer que a Administração Pública deve atuar sempre no sentido da ampliação das esferas do direito fundamental.

O exemplo trazido pela Resolução nº 07/2005 do CNJ esclarece bem a referida premissa, pois reflete situação em que a Administração Pública edita ato

normativo que, ao invés de ampliar o direito em questão, acaba por estabelecer limitação não prevista pelo ordenamento jurídico. A Resolução, editada com o fim de dar maior efetividade aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, terminou criando restrição ao princípio da ampla acessibilidade aos cargos e empregos públicos. Como visto, frustra-se o critério autorizativo à atuação sem previsão legal.

Observado tal critério autorizativo, parte-se à averiguação de qual esfera do direito fundamental estaria sendo violada ou em situação de possível ofensa. Sendo a dimensão subjetiva, a atuação *praeter legem* aqui deve ser entendida como a obrigação do Estado em criar as condições necessárias à proteção e ao desenvolvimento de todas as possibilidades desse direito. Sugere-se uma atuação direta no caso concreto, com fins universalizantes, para abranger todos aqueles enquadrados na mesma situação.

Na dimensão objetiva, sugere-se que a atuação *praeter legem* aqui consista na busca de recursos, atos normativos e políticas públicas que promovam a materialização do direito, mediante a prestação do serviço essencial à concretização do direito social em questão.

Além disso, buscou-se demonstrar que a Administração Pública não pode deixar de considerar os entendimentos consolidados dos tribunais. Ainda, deve utilizar técnicas interpretativas que promovam a extensão da abrangência das leis.

Nesse sentido, o presente trabalho trouxe caso representado pelo incidente ocasionado pelas próteses de silicone da marca francesa PIP, fato esse que aclarou um cenário em que não havia, no Brasil, qualquer norma que regulamentasse a forma como o produto deveria ser testado e, assim, comercializado. Conforme analisado, a Administração Pública buscou alinhar todos meios, normativos ou não, para que as próteses entrassem no mercado brasileiro com as devidas análises prévias.

Outro caso analisado consiste na ausência de Lei Municipal que regulamente o Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV) no Município de Curitiba. Na referida situação, o Estatuto da Cidade, com o objetivo de concretizar os comandos constitucionais do artigo 182, prevê que o Legislador Municipal deverá instituir o EIV. O Plano Diretor de Curitiba, por sua vez, determinou que outro diploma municipal regulasse especificamente o estudo em questão. Assim, apesar da reserva de lei, pretendeu-se reconhecer a possibilidade de a Administração Pública incentivar

mecanismos que supram ou, ao menos, amenizem os efeitos gerados pela ausência do EIV.

Por fim, à vista de todo o exposto, conclui-se que a possibilidade de atuação *praeter legem* da Administração Pública indica uma da faceta que o Estado precisa assumir. É dizer: quando a ele se destina papel de relevo na concretização dos direitos fundamentais, a inatividade – engessada pela ideia de vinculação estrita à lei - certamente não parece adequada.

## REFERÊNCIAS

BALELLAR FILHO, Romeu Felipe; **A aversão ao nepotismo não autoriza o desrespeito às garantias fundamentais**, v. 101, nº 925, São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. - ADI: 4277 DF, Relator: Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. ARR: 616004820095020447, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 29/04/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/05/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1499898 RS 2014/0322668-2, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 17/03/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/03/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS: 28259 PR 2008/0254965-1, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 15/09/2009, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/09/2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO NETTO, Melelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CHILE. Constitución Política de La República. Atualizada - outubro/2010. Disponível em: <[http://www.oas.org/dil/esp/constitucion\\_chile.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf)>. Acesso em: 27 julho 2015.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMADIRA, Julio Pablo. Principio de juridicidad, competencia administrativa y responsabilidad del Estado por omisión. In: COMADIRA, Julio Pablo; IVANEGA,

Miriam M. (Coord.) **Derecho administrativo**: Libro em homenagem al Professor Doctor Julio Rodolfo Comadira. 1ª ed., Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.

COSTADELLO, Angela Cassia. Perspectivas do desenvolvimento urbano à luz do direito fundamental à cidade. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Globalização, direitos fundamentais e Direito Administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 11ª tiragem, 2012.

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – 1789. Biblioteca virtual de Direitos Humanos – Universidade de São Paulo – USP. Disponível em: <[goo.gl/lzwR6O](http://goo.gl/lzwR6O)>. Acesso em 17 julho 2015.

EISENMANN, Charles. O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. **Revista de Direito Administrativo**,. Traduzido por Ruth Barbosa Goulart, da revista “Études et Documents”, Conseil d’Etat, fascículo n.º 11, vol. 56. Abril-junho, 1959.

Estudo francês mostra ligação entre câncer e próteses de silicone. *O Tempo*. Belo Horizonte, 13 abril 2015. Disponível em: <<http://www.otempo.com.br/interessa/estudo-franc%C3%AAs-mostra-liga%C3%A7%C3%A3o-entre-c%C3%A2ncer-e-pr%C3%B3teses-de-silicone-1.1023597>>. Acesso em: 14 novembro 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FERNANDES, Edésio. A nova ordem jurídico-urbanística no Brasil. *In*: \_\_\_\_\_; ALFONSIN, Betânia. **Direito urbanístico**: estudos brasileiros e internacionais. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

França faz “recall” de implante de silicone por risco de rompimento. *R7 Notícias*. São Paulo, 31 março 2010. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/saude/noticias/franca-faz-recall-de-implante-de-silicone-por-risco-de-rompimento-20100331.html>> Acesso em: 14 novembro 2015.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de**

**Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. In: BLANCHET, Luiz Alberto; \_\_\_\_\_; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, Direito e Políticas Públicas: Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Curitiba: Íthala, 2014.

HARVEY, David. **O direito à cidade**. New Left Review, n. 53, 2008.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

HOSHINO, Thiago de Azevedo Pinheiro; WÜTRICH, Fabiana; JACOBOWSKI, Alessandra; FAGGION, Arthur; BECHER, Jonatas; AULER, Mariana Marques. Do Estudo de Impacto de Vizinhança e de sua impostergável regulamentação e implementação no Município de Curitiba: análise comparativa e recomendações. **Projeto cidade em debate**. Nov./2014.

KLOSS, Eduardo Soto. **Derecho Administrativo: bases fundamentales**. Tomio II El principio de juridicidad. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 1996.

LEFEBVRE, H. **O direito à cidade**. São Paulo: 2ª Ed. Editora Centauro, 2001 [1968].

MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. Tradução de Luís Afonso Heck. 14ª ed., Barueri: Manole, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**, 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

MERKL, Adolfo. **Teoria general del Derecho Administrativo**, Granada: Comares, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle de discricionariedade**, Rio de Janeiro, 1991.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOTTA, Fabrício. **Função Normativa da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do direito administrativo**: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra, 1989.

ROCHA, Cármen Lúcia. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. Tradução Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: \_\_\_\_\_. (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências. *In*: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do direito administrativo**: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SILVA, Almiro do Couto e. Princípios da legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. **Revista de Direito Público**, n. 84, out./1984.

SOTO, William Héctor Gómez. Espaço e política em Lefebvre. *In*: **Pensamento Plural**. Pelotas [03]: 179 – 185, julho/dezembro 2008.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Discricionariedade administrativa**: uma releitura a partir da constitucionalização do direito, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.