



Mauro Sérgio dos Santos

# A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO PELA NÃO EDIÇÃO DE REGULAMENTOS ADMINISTRATIVOS

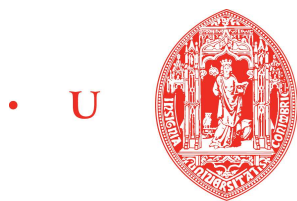
Tese de Doutoramento em Direito, ramo Direito Público,  
orientada pela Professora Doutora Ana Raquel Gonçalves Moniz  
e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Julho de 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA





• U • C •

**FDUC** FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

**Mauro Sérgio dos Santos**

**A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO PELA  
NÃO EDIÇÃO DE REGULAMENTOS ADMINISTRATIVOS**

Tese de Doutoramento em Direito, ramo Direito Público,  
orientada pela Professora Doutora Ana Raquel Gonçalves Moniz  
e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Coimbra, 2017.



## AGRADECIMENTOS

À Universidade de Coimbra, pela oportunidade.

À minha família, pela compreensão e apoio.

À Professora Doutora Ana Raquel Gonçalves Moniz, minha orientadora, pela confiança, amabilidade e segurança.



## **A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO PELA NÃO EDIÇÃO DE REGULAMENTOS ADMINISTRATIVOS**

### **RESUMO**

A não expedição, pela Administração Pública, de regulamentos impostos pela ordem jurídica, além de revelar comportamento impróprio e violador da ideia de boa administração, também pode ocasionar danos injustos a particulares. Diante disso, o sistema jurídico deve fornecer instrumentos aptos não só ao combate à inatividade normativa do poder público, como também possibilitar que eventuais danos decorrentes desse comportamento passivo possam ser objeto de reparação. A conduta administrativa está vinculada aos direitos fundamentais, isto é, a adoção pelo administrador público de medidas que resguardem ou concretizem tais direitos é verdadeira imposição constitucional. Assim, havendo encargo legal ou constitucional a determinar a expedição de regulamento necessário à fruição de direitos, a passividade normativa da Administração, se injustificada, sinaliza-se como conduta violadora da juridicidade administrativa, pois o poder público de autoridade deve ser utilizado sempre que assim o determinar a ordem jurídica. A inércia, nesses casos, é comportamento ilícito que justifica a propositura de ação reparatória em desfavor do Estado, desde que presentes os dois outros requisitos necessários: o dano e o nexo causal. Deve-se, nos dias atuais, abandonar a exigência de comprovação de culpa na caracterização do dano indenizável decorrente de inércia normativa da Administração, pois a antijuridicidade desse comportamento, por si, já o identifica como fonte de responsabilidade estatal. A ilicitude da inatividade normativa pode decorrer tanto de sua contrariedade às regras jurídicas, quanto de sua incompatibilidade frente aos princípios constitucionais que orientam a função administrativa. Assim, a não expedição de regulamentos administrativos necessários à fruição de direitos é antijurídica por ferir o princípio da proporcionalidade, que coíbe, além do excesso, também a inoperância injustificada, bem como os princípios da eficiência e da moralidade administrativa, que estão a indicar, ambos, que a passividade normativa não é comportamento idôneo ao alcance do bem comum.

**Palavras-chave:** regulamento administrativo – não expedição – ilicitude – inatividade normativa – reparação de danos – juridicidade – proporcionalidade – eficiência – moralidade.





## TORTS OF THE STATE FOR THE NON-EDITION OF ADMINISTRATIVE REGULATIONS

### ABSTRACT

Failure by the Public Administration to issue regulations imposed by legal order, in addition to revealing inappropriate behavior and violating the idea of good administration, can also cause unfair damages to individuals. In view of this, the legal system must provide suitable instruments not only to combat the normative inactivity of the public authority, but also to enable any damages resulting from such passive behavior to be repaid. Administrative conduct is linked to fundamental rights, that is, the adoption by the public administrator of measures that safeguard or concretize such rights is a true constitutional imposition. Thus, if there is a legal or constitutional charge to determine the issuance of regulations necessary for the enjoyment of rights, the administrative passivity of the Administration, if unjustified, is signaled as a violation of administrative legality, since the public power of authority must be used whenever it is determined by the legal order. Inertia, in such cases, is an unlawful behavior that justifies the proposition of reparatory action in detriment of the State, provided that the other two necessary requirements are present: the damage and the causal link. Nowadays, it is necessary to abandon the requirement of proving fault in the characterization of the indemnifying damage resulting from the normative inertia of the Administration, since the antijuridicity of this behavior, in itself, already identifies it as a source of state responsibility. The illegality of normative inactivity may result both from its contradiction with the legal rules and from its incompatibility with the constitutional principles that guide the administrative function. Thus, the failure to issue administrative regulations necessary for the enjoyment of rights is unlawful on the ground that it infringes the principle of proportionality, which, in addition to overlapping, also precludes unwarranted inefficiency, as well as the principles of administrative efficiency and morality, which indicate, both, that normative passivity is not suitable behavior within the reach of the common good.

**Key-words:** Administrative rule - no shipment - unlawfulness - normative inactivity - damage repair - legality - proportionality - efficiency - morality.



# RESPONSABILITÉ CIVILE NON CONTRACTUELLE DE L'ÉTAT DE LA NON-ÉDITION DES RÈGLEMENTS ADMINISTRATIFS

## RÉSUMÉ

La non-promulgation, par l'administration publique, des règlements imposés par l'ordre juridique, outre à mettre en évidence un comportement inapproprié et que viole la notion de bonne gouvernance, peut aussi entraîner des dommages injustifiés aux personnes. Ainsi, le système juridique doit fournir des instruments pertinents, non seulement à la lutte contre l'inactivité normative du pouvoir public, mais aussi qui permettent que des dommages résultants de ce comportement passif puissent être réparés. Le comportement administratif est lié aux droits fondamentaux, à savoir l'adoption par l'administrateur public des mesures qui protègent ou matérialisent ces droits est une vraie imposition constitutionnelle. Ainsi, comme il existe une obligation légale ou constitutionnelle de déterminer l'édition des règlements nécessaire pour la jouissance des droits, la passivité normative de l'administration, si injustifiée, enfreint la légalité administrative, parce que le pouvoir public d'autorité doit être utilisé chaque fois que l'ordre juridique le détermine. L'inertie dans ces cas est un comportement illicite qui justifie une action corrective contre l'Etat, étant donné que les deux autres exigences nécessaires soient présentes : le dommage et le lien de causalité. Il faut, donc, laisser tomber l'exigence de culpabilité dans la caractérisation des dommages indemnifiables résultant de l'inertie de l'administration, car la non-légalité de ce comportement en soi le caractérise comme une source de responsabilité de l'État. L'illégalité de l'inactivité normative peut résulter soit de son opposition aux règles juridiques, soit de son incompatibilité face aux principes constitutionnels qui guident la fonction administrative. Ainsi, la non-promulgation des règlements administratifs nécessaires à la jouissance des droits est illicite car elle viole le principe de proportionnalité, qui réprime, outre à l'excès, l'inaction injustifiée, ainsi que les principes d'efficacité et de la moralité administrative, qui indiquent que la passivité normative n'est pas un comportement approprié à l'accroissement de l'intérêt public.

**Mots-clés:** Règlement administratif – non promulgation - illégalité - inactivité normative-réparation de dommages - légalité - proportionnalité - efficacité - moralité.



## LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRATUAL DEL ESTADO POR LA NO EDICIÓN DE REGLAMENTOS ADMINISTRATIVOS

### RESUMEN

La no expedición, por la Administración Pública, de reglamentos impuestos por el orden jurídico, además de revelar un comportamiento impropio y que viola la idea de la buena administración, también puede producir daños injustos a particulares. Ante eso, el sistema jurídico debe proveer instrumentos aptos no sólo al combate a la inactividad normativa del poder público y también posibilitar que eventuales daños producidos por ese comportamiento pasivo sean objetos de reparación. La conducta administrativa está vinculada con los derechos fundamentales, o sea, la adopción, por el administrador público, de medidas que preserven o concreten esos derechos es la verdadera imposición constitucional. Así, si hay obligación legal o constitucional que determine la expedición de un reglamento necesario al disfrute de los derechos, la pasividad normativa de la Administración, si es injustificada, se muestra como una conducta violadora de la juridicidad administrativa, puesto que se debe utilizar el poder público de autoridad siempre y cuando lo determine el orden jurídico. La inercia, en esos casos, es un comportamiento ilícito que justifica la proposición de la acción reparadora contra el Estado, desde que estén presentes los otros dos requisitos necesarios: el daño y el nexo causal. Se debe, en los días actuales, abandonar la exigencia de comprobación de culpa para caracterizar el daño indemnizable resultante de la inercia normativa de la Administración, pues la antijuridicidad de ese comportamiento, de por sí, ya lo identifica como fuente de responsabilidad estatal. La ilicitud de la inactividad normativa puede resultar tanto de su contrariedad a las reglas jurídicas como de su incompatibilidad frente a los principios constitucionales que orientan la función administrativa. De ese modo, la no expedición de reglamentos administrativos necesarios al disfrute de derechos es antijurídica porque viola el principio de la proporcionalidad, que restringe, además del exceso, también la inoperancia injustificada, bien como los principios de la eficiencia y moralidad administrativa, que indican que la pasividad normativa no es un comportamiento idóneo al alcance del bien común.

**Palabras clave:** Reglamento administrativo – no expedición – ilicitud – inactividad normativa – reparación de daños – juridicidad – proporcionalidad – eficiencia – moralidad.



## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI - Ação direta de inconstitucionalidade

ADInO - Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

ADIo – Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

AgR – Agravo Regimental

APA – *Administrative Procedure Act*

CC – Código Civil brasileiro

CC/2002 – Código Civil brasileiro de 2002

CE – Constituição espanhola

CEDF – Carta Europeia dos Direitos Fundamentais

CF – Constituição Federal

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CPA – Código de Procedimento Administrativo

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

DJ – Diário de Justiça

DF – Distrito Federal

EUA – Estados Unidos da América

LOTC – Lei Orgânica do Tribunal Constitucional

LRCAP – Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas

LRJAP-PAC/92 – Lei do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum

MC – Medida Cautelar

MI – Mandado de injunção

MS – Mandado de Segurança

PL – Projeto de Lei

Rcl – Reclamação

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RO – Recurso Ordinário

RRCEC – Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas

STC – Sentença do Tribunal Constitucional

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STS – Sentença do Tribunal Supremo

TC – Tribunal Constitucional

TJ – Tribunal de Justiça

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

TRF – Tribunal Regional Federal

TRF1 – Tribunal Regional Federal da 1ª Região

UE – União Europeia

USA – *United States of America*



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>19</b>
<b>CAPÍTULO 1 - O PODER REGULAMENTAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: HIPÓTESES, LIMITES E TENDÊNCIAS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA</b>	<b>29</b>
1.1. <i>Notas introdutórias</i> .....	29
1.3. <i>O fundamento do poder regulamentar: digressão comparativa</i> .....	34
1.3.1. A tipologia dos regulamentos .....	38
1.3.2. O regulamento como típico exercício da função administrativa .....	43
1.3.3. Análise comparativa da concepção do poder regulamentar em diferentes sistemas jurídicos e a busca por uma definição.....	45
1.4. <i>Natureza jurídica dos regulamentos administrativos</i> .....	53
1.4.1. Distinções entre lei e regulamento administrativo .....	64
1.4.2. Distinções entre regulamento e outras formas de agir da Administração Pública .....	71
1.5. <i>A titularidade do poder regulamentar no ordenamento jurídico brasileiro</i> .....	76
1.5.1. Sinopse da organização político-administrativa brasileira .....	76
1.5.2. Órgãos e entidades que exercem o poder regulamentar na Administração Pública brasileira .....	84
1.5.2.1. Em especial, o poder regulamentar das agências reguladoras no cenário jurídico brasileiro .....	87
1.5.3. A expedição de regulamentos administrativos por entidades privadas: algumas reflexões .....	95
1.6. <i>Aspectos gerais sobre vigência e eficácia do regulamento administrativo</i> .....	99
1.7. <i>Limites ao exercício do poder regulamentar</i> .....	106
1.8. <i>O controle do poder regulamentar</i> .....	112
1.9. <i>Indicação da sequência</i> .....	121
<b>CAPÍTULO 2. OS INSTRUMENTOS JURÍDICO-PROCESSUAIS DE COMBATE À INÉRCIA NORMATIVA EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UMA VIA ALTERNATIVA .....</b>	<b>123</b>
2.1. <i>Notas introdutórias</i> .....	123
2.2. <i>A superlegalidade material da Constituição</i> .....	128
2.3. <i>A caracterização da inatividade normativa qualificada</i> .....	136
2.4. <i>A omissão normativa inconstitucional como processo anormal de mutação da             Constituição</i> .....	147
2.5. <i>Tipologia das normas constitucionais</i> .....	153
2.6. <i>O controle de constitucionalidade como mecanismo de defesa da constituição:             introdução ao modelo brasileiro</i> .....	159
2.6.1. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão no direito brasileiro.....	171
2.6.1.1. Efeitos da decisão .....	174

2.6.2. Reflexões sobre o mandado de injunção: da folia ao ceticismo .....	179
2.6.2.1. Evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre os efeitos do mandado de injunção .....	184
2.6.2.2. A Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016: um novo fôlego para o mandado de injunção? .....	190
2.6.3. Distinções entre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção .....	193
2.7. <i>As omissões normativas e o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal: algumas notas</i> .....	196
2.7.1. As sentenças aditivas do Supremo Tribunal Federal como instrumento de combate às omissões normativas .....	204
2.8. <i>O problema da inércia normativa em outros sistemas jurídicos</i> .....	210
2.8.1. O modelo português.....	212
2.8.2. O modelo francês .....	221
2.8.3. O modelo espanhol .....	226
2.9. <i>Conclusões preliminares e perspectivas</i> .....	232

### **CAPÍTULO 3. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO: COMO E QUANDO SE INDENIZA NO DIREITO BRASILEIRO .....237**

3.1. <i>Notas introdutórias</i> .....	237
3.2. <i>Contextualização, conceitos instrumentais e delimitações necessárias</i> .....	240
3.3. <i>Síntese evolutiva da responsabilidade civil no âmbito do direito privado</i> .....	256
3.4. <i>Evolução histórica da responsabilidade civil extracontratual do Estado</i> .....	264
3.5. <i>A função administrativa atual e sua perspectiva enquanto fonte geradora de novos danos</i> .....	271
3.6. <i>A teoria do risco administrativo como fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado na ordem jurídica brasileira</i> .....	275
3.7. <i>A responsabilidade civil extracontratual do Estado no direito brasileiro: aspectos práticos e teóricos</i> .....	279
3.7.1. Elementos necessários à configuração da responsabilidade objetiva do Estado .....	285
3.7.2. Realidade brasileira: o ultrapassado debate doutrinário-jurisprudencial acerca dos danos causados por omissão estatal e a necessidade de discussão de um novo modelo para responsabilização do Estado .....	293
3.7.3. Excludentes da responsabilidade estatal no Direito brasileiro .....	308
3.7.3.1. Caso fortuito e força maior .....	308
3.7.3.2. Fato da vítima.....	311
3.7.3.3. Fato de terceiro.....	312
3.7.4. A responsabilidade do agente público e o <i>dever</i> de regresso do Estado .....	313
3.8. <i>Excurso da responsabilidade civil extracontratual do Estado pelos sistemas português, francês e espanhol</i> .....	317
3.8.1. O regime português da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas.....	318

3.8.2. A jurisprudência francesa como fonte de responsabilidade estatal: alguns casos emblemáticos.....	326
3.8.3. O abrangente sistema espanhol de responsabilidade estatal.....	335
<b>CAPÍTULO 4. A NÃO EDIÇÃO DE REGULAMENTOS ADMINISTRATIVOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS REPARATÓRIAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....</b>	<b>343</b>
4.1. <i>Síntese investigativa</i> .....	343
4.2. <i>A eficácia dos direitos fundamentais em tempos de global administrative law</i> ....	351
4.3. <i>O administrative constitutionalism e o resgate da normatividade constitucional para a Administração Pública</i> .....	356
4.4. <i>A relação entre os direitos fundamentais e a Administração Pública: aspectos preparatórios</i> .....	359
4.4.1. A vinculação do administrador público aos direitos fundamentais.....	367
4.5. <i>A ilicitude da inatividade regulamentar da Administração Pública frente aos princípios que informam a função administrativa</i> .....	373
4.5.1. Ponto de partida: o princípio da legalidade e a instrumentalidade do poder administrativo .....	377
4.5.1.1. O caráter funcional do poder regulamentar .....	384
4.5.1.2. A inatividade normativa da Administração como forma peculiar de possível desvio de poder .....	392
4.5.2. O princípio da proporcionalidade como freio à inoperância normativa da Administração.....	397
4.5.2.1. A razoável duração do processo como mandamento constitucional para o agir administrativo .....	407
4.5.3. A não expedição de regulamentos administrativos à luz do princípio constitucional da eficiência .....	411
4.5.4. A incompatibilidade ético-jurídica entre a passividade normativa injustificada da Administração e o princípio constitucional da moralidade administrativa .....	422
4.6. <i>A distinção entre ilicitude e culpabilidade e a busca por um novo modelo de responsabilização estatal pela inércia normativa da Administração Pública</i> .....	431
4.7. <i>A responsabilidade civil extracontratual do Estado pela não edição de regulamentos administrativos: conclusões possíveis no sistema brasileiro</i> .....	448
4.7.1 Elementos da responsabilidade estatal pela não edição de regulamentos administrativos .....	451
4.7.2. Hipóteses de exclusão de responsabilidade e causas de justificação nos casos de inatividade formal da Administração Pública.....	458
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>467</b>
<b>REFERÊNCIAS: .....</b>	<b>483</b>



## INTRODUÇÃO

A função administrativa, embora autônoma, está nos dias atuais inteiramente vinculada ao direito. Noutras palavras, atualmente o exercício da função administrativa encontra seu fundamento e também seus limites formais e materiais nas regras e princípios que informam o agir estatal. O princípio da *juridicidade*, portanto, delinea a atividade administrativa de modo a garantir não só sua obediência ao contido nas normas superiores como também para exigir que seu exercício ocorra em absoluta conformidade com os direitos fundamentais. Assim, é possível afirmar que neste início de século o princípio da juridicidade, para além exigir respeito à legalidade estrita, impõe mesmo um agir administrativo que vise a afirmação dos valores constitucionais, isto é, que busque tanto quanto possível conferir efetividade aos direitos dos administrados.

Assim, tanto a função administrativa quanto o poder público de autoridade que propicia seu exercício estão, ambos, submetidos ao direito, formal e substancialmente. Se, por um lado, o agir administrativo deve ser orientado pela juridicidade e, por outro, o objetivo da Administração é sempre a busca pelo bem comum, é possível afirmar que o interesse público a nortear a função administrativa é aquele – e somente aquele – amparado pelo direito. Por conseguinte, o poder administrativo nada mais é do que o instrumental criado pela ordem jurídica para que o administrador público atenda aos reclamos dos administrados.

Nesse cenário, embora tenha perdido protagonismo nas últimas décadas, é possível afirmar que a lei ainda continua a ser a principal fonte do direito administrativo, sobretudo em Estados em que o apego à legalidade está historicamente enraizado nas instituições, como é o caso do Brasil. Com efeito, embora a lei já não seja considerada nos dias atuais como parâmetro exclusivo de atuação administrativa, não há como negar, como ressaltado, sua relevância para sinalizar o interesse público a ser perseguido pela Administração.

Pois bem, definido o interesse público pela norma legal ou constitucional, a sua concretização, quando endereçada à Administração Pública, materializa-se basicamente de duas formas: na primeira, cabe ao poder público simplesmente aplicar a lei ao caso concreto, nas hipóteses em que esta for autoaplicável; na segunda, caberá à Administração Pública editar o regulamento administrativo reclamado pela lei habilitante, com vistas a conferir-lhe a aplicabilidade que dela se espera. Nas duas situações que exigem a atuação

administrativa para a concretização da vontade do parlamento, tal só é possível em razão do poder público de autoridade conferido pelo ordenamento jurídico ao administrador (ou mesmo a entidades privadas). Nessa perspectiva, uma das expressões do poder público de autoridade é o *poder regulamentar*, prerrogativa que proporciona ao administrador público a expedição dos regulamentos administrativos necessários à efetivação do interesse geral descrito na norma de regência.

No uso do poder regulamentar, possui a Administração Pública – e outras entidades que lhes façam as vezes – a franquia legal de criar regulamentos administrativos, que consubstanciam, na atualidade, uma das principais formas de exercício da atividade administrativa do Estado. O regulamento administrativo é uma norma que tem por aptidão vincular não apenas a própria Administração Pública como também os destinatários de suas ações. Como norma jurídica que é, o regulamento é genuína fonte de direito.

Não raras vezes, no entanto, é editada uma lei que exige a expedição de regulamento administrativo para tornar-se exequível e este, injustificadamente, não é emitido pela Administração Pública, situação anormal que compromete a coerência do sistema político-jurídico e estremece a harmonia que deve reinar entre as funções estatais. Sabe-se que tais funções, embora independentes, devem guardar plena conformidade e sintonia entre si. Por essa razão não se deve admitir como compatível com o direito a ação ou omissão de qualquer dos poderes estatais que rompa a relação de equilíbrio preconizada pelo art. 2º da Constituição brasileira de 1988, segundo o qual “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

De acordo com as competências definidas constitucionalmente, cabe à Administração Pública o dever de executar as políticas públicas delineadas pelo governo. A efetivação de tal mister exige a execução de algumas tarefas que somente podem ser realizadas mediante o exercício do poder regulamentar, isto é, por meio da expedição de regulamentos administrativos que fornecerão os *meios* para a consecução dos *fins* definidos legalmente. A expedição de tais regulamentos e também a concretização da política social em si estão abrangidas no vasto espectro da função administrativa atual.

É comum no sistema político-jurídico brasileiro que um direito seja criado pelo parlamento e sua regulamentação, por razões técnicas ou por mera conveniência legislativa, seja remetida à Administração Pública, para que, no uso do poder regulamentar, expeça o regulamento requisitado pela norma habilitante, tornando assim exercitável o

novo direito. Ocorre que, por estranho que possa parecer, muitas vezes o Parlamento – após meses ou anos de debates legislativos – elabora uma lei criando direitos aos administrados e a Administração Pública, ciente de seu dever de expedir o necessário regulamento administrativo para dar concretude a tal direito, simplesmente queda-se inerte.

A falta de regulamentação normativa remete a lei para uma espécie de *limbo jurídico*, no qual o destinatário até consegue visualizar seu pretense direito, entretanto não o alcança, não consegue exercitá-lo; o direito, mesmo reconhecido por uma norma de padrão superior, revela-se inacessível aos destinatários ante a inércia normativa da Administração, incoerência jurídica que não encontra justificativa idônea. A inatividade normativa injustificada é, pois, obstáculo ilegítimo ao exercício de um direito já afirmado pelo Parlamento; é, noutras palavras, comportamento que esvazia a vontade do legislador e conspira contra a simetria que deve reger as funções estatais. E o que é pior: além do desprestígio que gera às instituições, a inatividade normativa da Administração Pública pode ainda acarretar graves danos a particulares. A presente investigação se debruça exatamente sobre essa problemática, ou seja, sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado pela não edição de regulamentos administrativos.

A não expedição injustificada de regulamento administrativo imposto pela ordem jurídica sinaliza-se como um comportamento incoerente e anormal da Administração Pública, que, por isso, merece reprimenda, seja na esfera administrativa, seja na reparatória. Pretende-se, pois, analisar a inatividade normativa da Administração Pública e sua perspectiva enquanto fonte idônea de responsabilidade civil.

Pois bem, o Brasil é uma República Federativa de natureza *quadripartite*, isto é, constituída pela pessoa jurídica denominada União, que é o poder central, por 26 Estados, pelo Distrito Federal e por 5.570 Municípios<sup>1</sup>. Há, portanto, quase 5.600 parlamentos autônomos que, dentro de suas esferas de competência delimitadas constitucionalmente, possuem aptidão para a criação de direito novo. Todavia, muitos desses direitos criados pelo Poder Legislativo, como já referenciado, não podem ser regularmente exercitados pelos destinatários pela *simples* razão de não terem sido regulamentados pela Administração. Há situações em que até ocorre a regulamentação necessária à concretização do direito previsto na norma primária, mas com 5, 10 ou 15 anos de atraso,

---

<sup>1</sup> Dados disponíveis no sítio <http://www.ibge.gov.br/home/> Acesso em: 28/05/2017.

por exemplo. Em casos assim, a dessimetria entre as funções do Estado gera desprestígio às instituições e não raras vezes também causa dano injusto a particulares. Tais danos, como já é possível inferir, guardam conexão com a inatividade normativa da Administração Pública.

São inúmeros os casos de omissão normativa da Administração Pública brasileira que podem suscitar danos a particulares. A título de exemplo, o art. 71 da Lei federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que é o Estatuto dos servidores públicos federais, dispõe que: “O adicional de atividade penosa será devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos, condições e limites fixados em regulamento”. Nessa hipótese, a inatividade normativa da Administração já se aproxima de três décadas, situação incoerente, insustentável e que merece alguma resposta a ser ofertada pelo direito, pois claramente passível de causar danos injustos a particulares.<sup>2</sup>

Só no Estado de São Paulo, o mais populoso do Brasil, há atualmente mais de duas centenas de leis estaduais aguardando regulamentação pelo Poder Executivo.<sup>3</sup> Cite-se, apenas para fins de ilustração, a Lei nº 13.558, de 17 de junho de 2009, que determina a adoção de medidas de proteção a testemunhas, nos procedimentos de inquéritos policiais e nos boletins de ocorrência; a Lei nº 14.365, de 15 de março de 2011, que institui a política de prevenção e combate ao câncer de mama; a Lei nº 14.364, de 15 de março de 2011, que dispõe sobre a proteção e segurança dos consumidores nas agências e postos bancários; e a Lei nº 16.109, de 13 de janeiro de 2016, que torna permanente o auxílio financeiro às instituições filantrópicas (Santas Casas), dentre vários outros exemplos. A falta de regulamentação das leis acima mencionadas – e de quaisquer outras – possui aptidão, em menor ou maior medida, para causar danos a particulares.

---

<sup>2</sup> Administrativo e Constitucional. Servidor público federal. Adicional de fronteira. Art. 71 da Lei 8.112/90. Omissão regulamentar. Implementação do direito ao caso concreto. Impossibilidade. Súmula 339/STF. Art. 39, § 1º da CF/88. Violação ao princípio da separação dos poderes. I. O art. 71 da Lei 8.112/1990 que instituiu o adicional de atividade penosa, pelo exercício em zonas de fronteiras ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, condicionou seu pagamento à regulamentação. (...) III. A Constituição de 1988 dispõe sobre o poder regulamentar em seu art. 84, inciso IV, conferindo ao Presidente da República a competência privativa para “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. (...) V. Reformada a sentença apelada que condenou a União a implantar o Adicional de Atividade Penosa em favor da parte autora até que sobrevenha regulamento específico para a categoria de servidores à qual se vincula. (TRF 1ª Região, AC 0006360-39.2013.4.01.4200, Primeira Turma, Des. Federal Gilda Sigmaringa Seixas, Unânime, e-DJF1 p. 3504 de 22/05/2015)

<sup>3</sup> Consulta feita no sítio da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/alesp/normas-nao-regulamentadas/#> Acesso em 28.05.2017.



A responsabilidade civil extracontratual do Estado pela não expedição de regulamentos administrativos, como é possível notar, é tema atual e relevante, em especial no sistema jurídico brasileiro, que, saliente-se, não possui mecanismos eficazes para o combate à inatividade normativa da Administração Pública, assim como não permite, como regra geral, a busca pela reparação de danos dela decorrentes. Além disso, é crível perspectivar um agravamento no problema da inatividade normativa da Administração nos dias atuais, em que o papel do Estado é cada vez mais complexo, dinâmico e exigente, seja em razão de novas e progressivas necessidades reclamadas pelos administrados, seja pela partilha de responsabilidades que o poder público atualmente realiza com agentes privados na concretização das políticas sociais. A inércia normativa da Administração, nesse cenário administrativo intenso e plurifacetado, é ainda mais preocupante.

O problema da investigação, portanto, consiste em saber como e quando o Estado brasileiro deve indenizar pelos danos decorrentes da inércia normativa da Administração Pública, precisamente no que concerne à não expedição de regulamentos administrativos impostos pela ordem jurídica e necessários à fruição de direitos. Note-se, a título de delimitação, que o objeto da presente análise se restringe à inatividade normativa imputável à Administração Pública e seu enquadramento como fonte idônea de reparação civil, não abarcando, pois, a inatividade material da Administração nem, muito menos, a inércia legislativa do Parlamento, assuntos estes que já foram objeto de várias investigações científicas, no Brasil e no estrangeiro.

A presente tese de doutoramento foi elaborada por meio de pesquisa de natureza básica, uma vez que partirá de teorias preexistentes para responder ao problema proposto. Nesse sentido, procurará suscitar uma nova percepção acerca da imputação de responsabilização e consequente reparação por parte do Estado dos danos causados pela inércia normativa da Administração. Ressalte-se que quanto à forma de abordagem a investigação se desenvolve como pesquisa qualitativa, ou seja, aquela que é levada a efeito a partir da interpretação e compreensão de fenômenos teóricos, em que o objeto de estudo é abordado de maneira ampla e aberta. A confrontação de conhecimentos diversos permitirá o avanço no campo teórico do objeto pesquisado. As conclusões reunidas, a partir dos parâmetros iniciais da pesquisa, serão apresentadas de forma dedutiva. Busca-se, pois, privilegiar nessa modalidade de pesquisa a lógica da descoberta e a contribuição para o avanço do tema proposto no projeto. A análise fenomenológica e qualitativa da

teorização, a partir de informações obtidas, permitirá uma melhor compreensão das teorias aplicadas atualmente à responsabilização estatal, bem como a formação de um juízo de valor seguro sobre a possibilidade de se imputar ao Estado a reparação de danos ocasionados pela inércia normativa da Administração Pública.

No que concerne aos procedimentos técnicos, esclareça-se que a presente investigação é de natureza bibliográfica, isto é, foi elaborada com a utilização de obras dos principais estudiosos que tratam sobre o tema proposto e outros assuntos conexos, com destaque, em todos os capítulos, para as doutrinas portuguesa e brasileira, que a depender do tema em debate serão enriquecidas pelas obras de especialistas de vários ramos do direito público, como constitucional e administrativo, e também do direito privado, especialmente, neste particular, no capítulo atinente à responsabilidade civil. Além do referencial teórico português e brasileiro, terão destaque nesta investigação as doutrinas francesa, italiana, espanhola e, em assuntos pontuais, as escolas germânica e norte-americana. Assim, a partir da revisão bibliográfica será possível apresentar resultados satisfatórios em relação aos objetivos e problemática traçados, permitindo ainda um conhecimento mais coerente e aprofundado sobre o tema.

E, por fim, encerrando a questão metodológica, a presente pesquisa tem como método o hipotético-dedutivo, que consiste na obtenção do conhecimento por meio da formulação de um problema e a busca de solução, levando-se, conseqüentemente, à dedução dos efeitos e conseqüências de um novo modelo paradigmático de responsabilização estatal. Nesse sentido, por meio desta investigação pretende-se, quando das considerações finais, partir para o teste das hipóteses, que deverão ser confirmadas ou falseadas, sendo que tais foram delimitadas de modo a responder ao problema inicialmente formulado, qual seja: verificar como e quando o Estado brasileiro deve indenizar pelos danos decorrentes da inércia normativa da Administração, designadamente no que concerne à não expedição de regulamentos administrativos necessários à fruição de direitos por particulares. Assim, são levantadas as seguintes hipóteses, que deverão ser respondidas ao final da investigação:

- a) O uso do poder público de autoridade é imposto, delimitado e impulsionado pelo ordenamento jurídico em hipóteses preordenadas e de modo imperativo ao administrador público.

b) O exercício de função administrativa consistente na edição de regulamentos administrativos é manifestação de parcela de soberania, tal como reconhece-se à função legislativa a cargo do parlamento.

c) Os princípios informadores da atividade administrativa, isoladamente considerados, possuem força normativa para orientar e determinar condutas ao administrador público.

d) A inatividade normativa da Administração que restringe ou obstaculiza o exercício de direitos individuais, mesmo quando não identificado o elemento subjetivo da conduta (dolo ou culpa), configura comportamento ilícito para fins de reparação de danos.

Para apresentar respostas fundamentadas às hipóteses exibidas, a investigação foi dividida em quatro capítulos. O primeiro deles foi dedicado ao estudo do poder regulamentar no ordenamento jurídico brasileiro. No capítulo em questão foi examinado o fundamento do poder regulamentar no cenário jurídico brasileiro, a natureza jurídica dos regulamentos e as distinções entre estes mecanismos de ação administrativa e outras formas de materialização da função administrativa, como os atos administrativos e os contratos. Também foi necessário traçar um panorama da organização político-administrativa brasileira, a fim de que o leitor possa identificar os órgãos e entidades que possuem competência para a expedição de regulamentos administrativos. Por fim, tratou-se dos limites ao exercício do poder regulamentar, bem como sobre os mecanismos de controle dos regulamentos editados pela Administração Pública.

No exercício do poder regulamentar, como como será examinado, a Administração e outras entidades que exercem função administrativa expedem rotineiramente inúmeros regulamentos administrativos, que nada mais são do que normas instrumentais necessárias ao regular exercício da atividade administrativa. A justificativa para o poder administrativo de editar regulamentos reside na complexidade de tarefas confiadas à Administração Pública, que, aliada a uma gama de competências cada vez mais ampla, exige maior dinamismo no trato das questões de interesse da sociedade.

O primeiro capítulo, portanto, destina-se a apresentar o poder regulamentar da Administração Pública e mais detidamente a norma jurídica que dele decorre, vale dizer, o regulamento administrativo, analisando-se sua natureza jurídica, suas espécies e ainda outros conceitos instrumentais. Tal conteúdo guarda, portanto, clara conexão com o tema da investigação, eis que propiciará ao leitor a compreensão sobre os principais contornos da norma jurídica nomeada regulamento administrativo, cuja falta de emissão injustificada é exatamente o objeto central da pesquisa.

Já a segunda parte da investigação foi dedicada ao estudo dos instrumentos jurídico-processuais existentes na ordem jurídica brasileira que possibilitam, em tese, o combate às omissões normativas do poder público, a partir, especialmente, do contributo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e também do instituto do mandado de injunção. No capítulo em questão buscou-se caracterizar e delimitar a inatividade normativa qualificada e também a omissão legislativa inconstitucional. Para tanto, foi realizado um estudo sobre a tipologia das normas constitucionais e ainda sobre o sistema de controle de constitucionalidade como mecanismo de combate às omissões normativas contrárias ao texto constitucional.

A inclusão desse segundo capítulo se justifica pela seguinte razão: o sistema jurídico brasileiro possui dois importantes instrumentos de combate à omissão normativa, seja ela do parlamento, seja da própria Administração Pública, que são a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção. Tais mecanismos, no entanto, não se prestam à reparação de eventuais danos sofridos pela inércia normativa do poder público. Assim, foi feito um estudo desses instrumentos e do seu real alcance relativamente à conduta omissiva de caráter normativo, de modo a evidenciar a necessidade da reparação estatal como uma via suplementar aos efeitos das ações constitucionais antes mencionadas.

Os citados mecanismos processuais, como dito, não possuem um viés reparatório, pois buscam apenas impulsionar a expedição da norma faltante e, ainda assim, ao menos no sistema jurídico brasileiro, sem a efetividade desejada. A propósito, quando se aborda o tema das omissões normativas é perceptível que os estudiosos têm se preocupado muito mais com as omissões propriamente ditas do que com as consequências danosas que delas podem resultar, como a geração de danos injustos aos administrados em decorrência da mora normativa da Administração Pública, que é, como já explicitado, o núcleo da investigação que ora se inicia.

Assim, como não há na ordem jurídica interna ou mesmo na doutrina especializada um suporte jurídico minimamente adequado à busca por eventual reparação de dano que resulte da omissão normativa da Administração Pública, pretende-se com esta investigação indicar em que condições será possível buscar, em desfavor do Estado, uma reparação civil nos casos de inércia normativa da Administração Pública. Por conta disso, foi necessário explorar no terceiro capítulo da presente investigação o instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado à luz do ordenamento jurídico brasileiro,

de modo a fornecer ao leitor o arcabouço jurídico necessário à junção dos conteúdos dos capítulos precedentes como uma ponte de passagem para a elaboração da parte final da investigação.

Nesse terceiro capítulo foi feito minucioso exame acerca da responsabilidade civil, primeiramente no campo privado e em seguida na esfera pública, a partir do estudo das principais teorias utilizadas ao longo da história em relação a esse tema tão rico e importante para a vida em sociedade. Nesse contexto, foram analisados os aspectos práticos e teóricos relativos à responsabilidade civil extracontratual do Estado, bem como os elementos necessários à sua configuração. Também foi dado destaque ao ultrapassado debate doutrinário-jurisprudencial existente no Brasil sobre os danos causados por omissão. A importância de se explorar minimamente o sistema brasileiro de responsabilidade civil extracontratual do Estado é evidente, pois proporcionará ao leitor conhecer a realidade jurídica atual para, na sequência, compreender o novo modelo a ser proposto para a responsabilidade estatal decorrente da inércia normativa da Administração Pública.

Portanto, a partir do conhecimento teórico dos contornos do poder regulamentar da Administração Pública, dos instrumentos jurídico-processuais existentes no direito brasileiro para o combate a omissões normativas e, ao depois, do modelo de responsabilização do Estado previsto pela Constituição brasileira de 1988, será estabelecida uma conexão de tais conteúdos com o núcleo da presente investigação, que retrata, como já mencionado, a responsabilidade civil extracontratual do Estado pela não expedição de regulamentos administrativos.

Fixadas e encadeadas as matérias de viés preparatório, no quarto e último capítulo da tese será realizado o estudo sobre a possibilidade de um particular buscar reparação de eventuais danos experimentados em decorrência da não expedição de regulamento administrativo pela Administração Pública. Como a inatividade normativa da Administração pode redundar em violação aos direitos fundamentais, julgou-se conveniente abordar, na parte derradeira da tese, a corrente nomeada *administrative constitutionalism* e ainda o *global administrative law*. Tais doutrinas, cada qual a seu modo, contribuirão para demonstrar o movimento de constitucionalização do direito administrativo, que tem sido identificado não só em escala estadual como também – talvez principalmente – no plano internacional.

Também como consequência desse cenário de constitucionalização do direito administrativo, é de especial relevo para as conclusões a serem apresentadas ao final desta investigação o exame do caráter normativo que a doutrina majoritária atualmente reconhece aos princípios constitucionais. Em particular, será dada ênfase aos princípios que informam a atividade administrativa, com destaque para os da legalidade (juridicidade), proporcionalidade, eficiência e moralidade, que devido à sua importância serão analisados separadamente. Além do exame da inatividade normativa da Administração à luz de cada um dos mencionados princípios, também será objeto de minuciosa análise a distinção entre *ilicitude* e *culpabilidade*, conceitos que possuem direta correlação com o novo modelo de reparação estatal a ser proposto neste trabalho, aplicável aos casos de inatividade normativa da Administração. A partir de tal distinção, será possível apresentar conclusões sobre as hipóteses em que a não edição de regulamentos administrativos poderá justificar a propositura de demanda reparatória em desfavor do Estado. É o que se propõe a seguir.

# CAPÍTULO 1 - O PODER REGULAMENTAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: HIPÓTESES, LIMITES E TENDÊNCIAS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

*“Os poderes públicos são para os cidadãos, e não o inverso, porque se admitíssemos o contrário não teríamos um Estado democrático em sentido ocidental, ideia que se relaciona com uma concepção e um sentimento jurídicos iuspersonalistas”.*<sup>4</sup>

## 1.1. Notas introdutórias

A vida em sociedade pressupõe a existência de regras de comportamento e também a sua proporcional aplicação por parte dos poderes constituídos, pois só assim pode ser perspectivada uma sociedade minimamente justa e democrática. Para existirem tais regras, leciona Sundfeld, “alguma força há de produzi-las; para que permaneçam, alguma força deve aplicá-las, com aceitação dos membros do grupo. A essa força, que faz as regras e exige o seu respeito, chama-se *poder*”.<sup>5</sup>

Noutro plano, poder é uma “energia capaz de coordenar e impor decisões”<sup>6</sup> visando à realização de determinados fins. Conquanto hajam variados tipos de poder, aquele que traz em si uma força geral de dominação será, por conseguinte, um poder estatal. Nessa linha, é possível afirmar que a dominação, portanto, é a qualidade que diferencia o poder do Estado de todos os demais poderes.<sup>7</sup>

Quando se analisa particularmente os poderes do Estado, apresenta especial relevo para a presente investigação o *poder político*, de amplo espectro, mas que se manifesta principalmente por meio da elaboração de normas<sup>8</sup>. O poder político do Estado carrega

---

<sup>4</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 102.

<sup>5</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 10.

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 107.

<sup>7</sup> JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Traducción de la segunda edición alemana y prólogo por Fernando de los Ríos, catedrático de la Universidad de Granada; Buenos Aires: Editorial B de F, 2005, p. 537.

<sup>8</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 188.

consigo uma força “de imposição e de domínio a que os indivíduos não podem subtrair-se por ser necessário e irresistível, dentro do território dominado”.<sup>9</sup>

Uma sociedade estatal organizada compreende uma multiplicidade de grupos e indivíduos, aos quais o poder político tem de coordenar e impor regras e limites em função dos fins que ao Estado cumpre realizar. Nessa linha, não é exagero afirmar que “tal poder é superior a todos os outros poderes sociais, os quais reconhece, rege e domina”<sup>10</sup>, visando a ordenar as relações entre esses grupos e os indivíduos entre si e reciprocamente, de “maneira a manter um mínimo de ordem e estimular um máximo de progresso à vista do bem comum”.<sup>11</sup>

O poder político do Estado advém dos órgãos de índole constitucional, com funções “supremas”<sup>12</sup>, que se situam num plano hierárquico superior ao dos órgãos da Administração Pública. Daí dizer-se, como feito anteriormente, que o monopólio parlamentar quanto à função legislativa consubstancia-se na “parte nuclear da direcção política”<sup>13</sup> ou, noutros termos, traduz-se na principal forma de manifestação do poder político do Estado. Principal, mas não a única.

Embora o poder político se manifeste mais claramente por meio das leis emanadas do Parlamento, não se pode perder de vista que nos dias atuais, dada a crescente complexidade que envolve as atividades a cargo da Administração Pública, braço operativo do governo, é possível visualizar a função administrativa também como forma de materialização do poder político do Estado. Com base nessa premissa, pode-se afirmar desde logo que os regulamentos administrativos, objeto de estudo desta primeira parte da investigação, conquanto materializem atividade inerente à função administrativa, refletem, ainda que de forma reflexa, inequívoca manifestação do poder político do Estado.

Se a estrutura estatal possui diferentes poderes para tornar viável a vida em sociedade, a Administração Pública, para cumprimento de suas atribuições legais e constitucionais, também é investida pelo próprio ordenamento jurídico de várias prerrogativas, nomeadas *poderes administrativos*, que possibilitam a sobreposição do

---

<sup>9</sup> CAETANO, Marcelo. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. 6. Ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1972, p. 130.

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso...*, cit., 2011, p. 107.

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso...*, cit., 2011, p. 107.

<sup>12</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. 16ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 543.

<sup>13</sup> MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei e Regulamento*. Coimbra Editora, 2002, p. 990.



interesse público ao individual, princípio vetor da atuação estatal na busca pelo bem comum.<sup>14</sup>

É preciso esclarecer, no entanto, que o vocábulo *poderes* possui diferentes sentidos no âmbito do direito público e particularmente no direito administrativo, pois ora é utilizado para fazer referência a distribuição das funções estatais<sup>15</sup>, ora para designar as prerrogativas conferidas pela ordem jurídica à Administração Pública para possibilitar a consecução de seus fins (poder público de autoridade). Os dois sentidos do vocábulo em questão serão objeto de abordagem na presente investigação, entretanto, para fins de sistematização, deve-se registrar que nos tópicos seguintes serão examinados os poderes administrativos, ou seja, os mecanismos conferidos pelo ordenamento jurídico aos administradores públicos para o exercício da função administrativa, para, num segundo momento, examinar as funções legislativa, executiva, judiciária e política, dada sua relevância para a compreensão das hipóteses, limites e tendências do poder regulamentar no âmbito do direito brasileiro.

## 1.2. O poder administrativo: aspectos gerais

O exercício da função administrativa e conseqüentemente a realização do interesse da coletividade exige que a Constituição e as leis concedam várias prerrogativas às autoridades públicas, geralmente inexistentes nas relações de caráter privado, para que possam desempenhar as competências definidas no ordenamento jurídico. Tais prerrogativas, comumente nomeadas pela doutrina *poderes administrativos* ou *poderes da Administração Pública*, são identificadas por Cammeo como “pressupostos para a eficácia jurídica de um sistema”.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> O bem comum é referido por Reale como sendo uma “ordem social justa”. REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 109.

<sup>15</sup> Como o vocábulo funções está aqui relacionado à dogmática do princípio da separação de poderes, é válida a nota explicativa de Ana Raquel Gonçalves Moniz, ao explicitar que “Enquanto a *função* exprime quer as tarefas assumidas pelo Estado (as finalidades que este se propõe satisfazer), quer um articulado de atividades com características próprias, o *poder* traduz o complexo orgânico que, através de um conjunto de faculdades de ação (*competências*) atua aquela função.” MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito Administrativo: Textos e Casos Práticos Resolvidos*. Coimbra: Almedina, 2015, pp. 27-28.

<sup>16</sup> CAMMEO, Federico. *Le manifestazioni della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*. In *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*. Vol. III, Milano: Società Editrice Libreria, 1907, p. 134.

Os poderes administrativos, portanto, são prerrogativas próprias e indispensáveis conferidas aos agentes estatais<sup>17</sup>, para que possam executar suas atribuições legais e, conseqüentemente, atender ao interesse público, que, para Ana Raquel Gonçalves Moniz, constitui uma manifestação das necessidades fundamentais de uma comunidade política, por representar “o motor dirigente da ação administrativa, sendo inclusivamente concebido como elemento de legitimação do Estado, na medida em que, como fim a atingir, vincula todos os poderes públicos”.<sup>18</sup>

Não há uniformidade doutrinária quanto à delimitação desses poderes. A título ilustrativo, em Portugal, normalmente a doutrina faz referência, no singular, à expressão *poder administrativo*, cujas principais manifestações são o poder regulamentar, o poder de decisão unilateral, o privilégio da execução prévia e o regime especial dos contratos administrativos.<sup>19</sup>

A doutrina brasileira, por sua vez, identifica vários poderes autônomos conferidos à Administração Pública pela ordem jurídica interna, cada qual com um campo de atuação devidamente delimitado pelo ordenamento jurídico. Todavia, mesmo levando-se em conta apenas os doutrinadores brasileiros é possível afirmar que também não há uniformidade de pensamento em relação a todos os poderes administrativos. Não obstante, algumas dessas prerrogativas são comumente reconhecidas pelas doutrinas clássica e moderna, e sobretudo pela ordem jurídica interna, tais como o poder hierárquico, o poder disciplinar, o poder regulamentar e o poder de polícia.<sup>20</sup> Há também outras formas de agir da Administração que parte da doutrina<sup>21</sup> designa como poderes administrativos, a exemplo do que ocorre

---

<sup>17</sup> Segundo a rica doutrina de Rogério Soares, “Ao lado das normas que impõem deveres, assumem um particular relevo aquelas outras que concedem poderes a um sujeito, destinadas a constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas ou a conservá-las ou fazê-las valer. Na maior parte dos casos a ordem jurídica, ao atribuir o poder entende por esse modo prestar um meio para a tutela do interesse do sujeito; trata-se, pois, de poderes que não-de ser exercitados no interesse próprio. Um número relativamente grande de poderes é, todavia, criado pela ordem jurídica para ser exercitado no interesse alheio, o que supõe desde logo que ao exercício do poder estão conexos deveres positivos ou negativos.”. SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra, MCMLV, p. 28.

<sup>18</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2012, p. 59.

<sup>19</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2009, p. 20.

<sup>20</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013; GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11ªed. São Paulo: Saraiva, 2006; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

<sup>21</sup> A exemplo de MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, cit., 2016.

com a atividade vinculada (ou poder vinculado) e a atividade discricionária (ou poder discricionário).

Em relação aos poderes administrativos tradicionalmente reconhecidos e estudados pela doutrina administrativista brasileira, pode-se dizer, em apertada síntese e com base na doutrina tradicional, que o poder *hierárquico* é aquele que traduz o poder de autoridade do órgão superior sobre o inferior na hierarquia organizacional da Administração. A seu turno, o poder *disciplinar*, que se justifica pela necessidade de aperfeiçoamento da função administrativa, é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos agentes públicos e demais pessoas sujeitas à *disciplina administrativa*.<sup>22</sup> Por fim, o poder de polícia, em abordagem rasa, é a atividade estatal que consiste em “limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”.<sup>23</sup>

Deve-se registrar que a visão que se extrai dos poderes administrativos à luz das definições contidas no parágrafo anterior, embora formuladas por importantes doutrinadores brasileiros, não mais guarda inteira consonância com novo papel desempenhado pelas administrações públicas internas, aí incluída, por certo, a Administração Pública brasileira, seja porque nem todos os agentes públicos são detentores de poderes administrativos, seja porque atualmente tais poderes podem e comumente são exercidos até mesmo por particulares, quando no exercício de função administrativa delegada pelo Estado, conforme analisar-se-á oportunamente.

Nesse contexto, entende-se que nos dias atuais a adequada compreensão do sentido e alcance da expressão *poderes administrativos* deve estar conexiada com a ideia de Pedro Gonçalves<sup>24</sup>, cuja doutrina enfatiza que o exercício da função administrativa moderna pressupõe o desempenho de “poderes públicos de autoridade”, que resultam,

---

<sup>22</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, cit., 2013, p. 95.

<sup>23</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, cit., 2013, p. 123.

<sup>24</sup> O professor Pedro Gonçalves, em sua obra intitulada “Entidades privadas com poderes públicos”, sustenta ser o poder de autoridade “(...) o poder abstracto – estabelecido por uma norma de direito público – conferido a uma sujeito para, por acto unilateral praticado no desempenho da função administrativa, editar regras jurídicas, provocar a produção de efeitos com repercussão imediata na esfera jurídica de terceiros, produzir declarações às quais a ordem jurídica reconhece uma força especial ou ainda empregar meios de coação sobre pessoas e coisas”. GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*. Reimpressão da Edição de outubro/2005. Coimbra: Almedina, 2008, p. 608.

segundo o mencionado autor, “de uma específica atribuição jurídica (legal) e não da mera *auctoritas* de um sujeito”.<sup>25</sup>

Em consequência, o poder público de autoridade, em tempos hodiernos, é comumente exercido até mesmo por entidades privadas<sup>26</sup>, basta que para tanto estejam investidas de poderes públicos administrativos em decorrência do exercício de função administrativa delegada de alguma forma pelo Estado. Tais entidades, embora privadas, se assumem como membros da Administração Pública (sentido funcional)<sup>27</sup><sup>28</sup><sup>29</sup>, pelo fato, repita-se, de exercerem atividade administrativa, compreendida esta, num plano genérico, como qualquer “modo de execução de uma tarefa pública”.<sup>30</sup>

Dessas prerrogativas que decorrem do poder público de autoridade que possibilitam o regular exercício da função administrativa, seja pela Administração Pública, seja por pessoas privadas que lhes façam as vezes, o *poder regulamentar* possui lugar de destaque para o desenvolvimento da presente investigação e, por isso, será objeto de minuciosa abordagem nos tópicos seguintes, os quais serão dedicados à análise de sua natureza jurídica, seus limites, características e também tendências, de modo a reunir um arcabouço jurídico mínimo para o enfrentamento da problemática a ser trabalhada nos capítulos subseqüentes, sem, por certo, a pretensão de esgotar assunto tão vasto e complexo.

### 1.3. O fundamento do poder regulamentar: digressão comparativa

---

<sup>25</sup> GONÇALVES, Pedro. *Entidades...*, cit., 2008, p. 596.

<sup>26</sup> Pedro Gonçalves explica que “os poderes privados (de autoridade) exteriorizam-se através de actos individuais e concretos (ordens, proibições, punições), mas também através da edição de actos normativos (poder normativo privado)”, exemplificando em seguida, no contexto das relações escolares, os poderes das instituições privadas de ensino e dos respectivos professores relativamente aos estudantes. GONÇALVES, Pedro. *Entidades...*, cit., 2008, p. 613.

<sup>27</sup> GONÇALVES, Pedro. *Entidades...*, cit., 2008, p. 651.

<sup>28</sup> Para André Salgado de Matos, a evolução da realidade jurídica resultou numa “descaracterização material do conceito *subjectivo* de Administração Pública. (...) A Administração Pública em sentido moderno é composta por entes sob forma, quer jurídico-pública, quer jurídico-privada, criados por acto jurídico-público ou jurídico-privado, disciplinados por normas de direito público e de direito privado e que actuam, prototipicamente, tanto através de meios jurídico-públicos como de meios jurídico-privados”. MATOS, André Salgado de. *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 41-42.

<sup>29</sup> Maria João Estorninho, em sua obra “*A fuga para o direito privado*”, explicita em detalhes as variadas formas de criação de entidades administrativas de natureza jurídica privada. ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra, 1999, p. 56 e ss. Assim, também: OTERO, Paulo. *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*, Coimbra, 1998, p. 222 e ss.

<sup>30</sup> GONÇALVES, Pedro. *Entidades...*, cit., 2008, p. 543.

Um dos aspectos que mais tem merecido a atenção dos estudiosos do direito público na atualidade é a multiplicação de atos normativos de caráter genérico editados pela Administração Pública no exercício do poder regulamentar. Nos dias atuais é visível, qualquer que seja o sistema jurídico, uma “clara acentuação do processo expansivo do poder regulamentar”.<sup>31</sup> Deveras, parece certo que a nova realidade jurídico-administrativa vivenciada no mundo contemporâneo tem alçado o poder regulamentar da Administração a um papel de inédito protagonismo na construção da ordem jurídica interna – e até externa<sup>32</sup> – dos Estados, numa perspectiva de claro descompasso com o princípio da legalidade estrita, que paulatinamente vem perdendo terreno neste novo e dinâmico cenário jurídico-normativo.

Com efeito, vive-se atualmente uma época de abertura da legislação, significando com isso dizer que a lei é passível de ser complementada e, possivelmente, deficiente em complementos, e também que a lei ainda não encontrou nenhuma regulamentação totalmente conclusiva. Essa abertura normativa pode indicar que o legislador não está tecnicamente em posição de normatizar certos espaços da vida ou mesmo o objeto em si, porque faltam-lhe conhecimentos e/ou porque o tema a ser legislado se encontra em dinâmico desenvolvimento e as leis de hoje fatalmente estariam ultrapassadas amanhã.<sup>33</sup>

Numa perspectiva histórica, a ideia de um *poder regulamentar* guarda intrínseca ligação com o surgimento do Estado liberal, porquanto a separação de poderes, com a decorrente fixação da acepção formal do ato legislativo, ensejou a categorização dos atos do Poder Executivo, reconhecendo-lhe a competência de, assim como o Legislativo, expedir normas gerais e abstratas<sup>34</sup>, observadas certas limitações formais e materiais.

No Brasil, o poder regulamentar da Administração Pública encontra seu principal fundamento no art. 84, inciso IV da Constituição Federal, que prescreve que compete ao

---

<sup>31</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. General I. Primera edición. Madrid: Iustel, 2004, p. 328.

<sup>32</sup> Basta ver a importância atual dos regulamentos administrativos no âmbito da União Europeia, conforme será analisado, em tópico próprio, por ocasião do estudo do *global administrative law*.

<sup>33</sup> Conforme a doutrina de OSSENBÜHL, Fritz. *Der verfassungsrechtliche Rahmen offener Gesetzgebung und konkretisierender Rechtsetzung*. In: *Deutsches Verwaltungsblatt*. Heft 1. 1999, pp. 01-07.

<sup>34</sup> MARTINS, Augusto Henrique Werneck. *Reflexões acerca do poder regulamentar – propostas à constituinte*, Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Nº 40, 1988, 45/49.

chefe do Poder Executivo expedir regulamentos<sup>35</sup> para fiel *execução* das leis. Não obstante, o mesmo art. 84, inciso VI<sup>36</sup> da Constituição prevê também a figura do *decreto autônomo*, que nada mais é do que um *regulamento independente*, cuja competência para expedição pertence ao Presidente da República. O regulamento independente, no Brasil, somente poderá ser expedido para:

- a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
- b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos.

Portanto, o sistema jurídico brasileiro admite expressamente o exercício do poder regulamentar por meio de duas frentes distintas: o regulamento executivo, como regra geral e, por exceção, o regulamento independente, neste caso exclusivamente para as matérias previstas no art. 84, VI da Constituição<sup>37</sup>. A regra geral, portanto, é a expedição de regulamentos de execução, de modo a propiciar um “gerenciamento do direito” com as qualidades jurídicas próprias dos regulamentos, que possuem como principal propósito assegurar uma “normatização concretizante” típica dos atos propagados por meio do poder regulamentar.<sup>38</sup> Já o regulamento independente, como visto, possui um campo de incidência bastante restrito na ordem jurídica interna.

Já no sistema jurídico francês, que será examinado com maior detalhamento noutro tópico, o poder regulamentar também está consagrado no texto da Constituição, talqualmente no Brasil, no entanto com uma abrangência muito maior de matérias suscetíveis à normatização por meio de regulamentos administrativos. Com efeito, o art. 36 da Constituição francesa de 1958 prevê que as matérias não reservadas à lei formal pelo próprio texto constitucional (art. 34) serão normatizadas por meio de regulamentos autônomos (ou independentes).<sup>39</sup> Como se pode notar, a natureza residual das matérias passíveis de tratamento por regulamento administrativo na ordem jurídica francesa evidencia o papel de destaque conferido ao poder regulamentar naquele País.

---

<sup>35</sup> O dispositivo constitucional mencionado faz referência ao ato normativo denominado *decreto*, que nada mais é do que uma espécie do gênero *regulamento*. As demais espécies serão retratadas oportunamente.

<sup>36</sup> A redação do inciso VI do art. 84 da Constituição foi incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001.

<sup>37</sup> Conforme SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 179.

<sup>38</sup> OSSENBUHL, Fritz. *Der verfassungsrechtliche...*, cit., 1999, pp. 01-07.

<sup>39</sup> Conforme lição de LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Droit Administratif*. 17<sup>a</sup> édition. Paris: LGDJ, p. 240 e ss.

Igualmente, em Portugal o poder regulamentar também emana diretamente da Constituição. Conforme lição de Cabral de Moncada, os dispositivos constitucionais que tratam sobre a matéria apresentam algumas dificuldades interpretativas, pois além do art. 112<sup>40</sup>, que é a chave para a compreensão do alcance e da intensidade do poder regulamentar, o art. 199<sup>41</sup> da Carta portuguesa também é importante para mensurar o alcance desse poder.<sup>42</sup>

Nesse contexto, leciona Vieira de Andrade que os *regulamentos de execução* não são seguramente abrangidos e afastados pelo n.º 5 do art. 112.º, apesar de a formulação constitucional “não ser inequívoca nas referências que faz à proibição de ‘interpretar’ e ‘integrar’ – no que respeita aos regulamentos do Governo há uma previsão expressa no art. 199.º, alínea c.”<sup>43</sup> Em relação aos *regulamentos complementares (de desenvolvimento)*, embora não haja uma proibição direta pelo n.º 5 do art. 112.º da Constituição portuguesa, Vieira de Andrade afirma que tais não têm razão de ser, haja vista a competência legislativa alargada de que goza o Governo e, especificamente, da figura dos decretos-leis de desenvolvimento (art. 198.º/1/c, também da Constituição)<sup>44</sup>. Já os *regulamentos complementares (de integração)* aparentemente são proibidos pelo n.º 5 do art. 112.º da Carta portuguesa. No entanto, para Vieira de Andrade, esse tipo de regulamento deve ser considerado admissível, desde que expressamente autorizado por lei, quando se limite “a adaptar o quadro legal a situações especiais”<sup>45</sup>, bem como quando se trate de regulamento

---

<sup>40</sup> Art. 112.º

1. São actos legislativos as leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais.

(...)

5. Nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos.

6. Os regulamentos do Governo revestem a forma de decreto regulamentar quando tal seja determinado pela lei que regulamentam, bem como no caso de regulamentos independentes.

7. Os regulamentos devem indicar expressamente as leis que visam regulamentar ou que definem a competência subjectiva e objectiva para a sua emissão;

<sup>41</sup> Art. 199.º Compete ao Governo, no exercício de funções administrativas:

(...)

c) Fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis;

(...)

g) Praticar todos os actos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades colectivas.

<sup>42</sup> MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei...*, cit., 2002, p. 987.

<sup>43</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições de Direito Administrativo*. 4ª Edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015, p. 145.

<sup>44</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições...*, cit., 2015, p. 145.

<sup>45</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições...*, cit., 2015, p. 145.

produzido no “quadro de uma autonomia normativa legalmente reconhecida”.<sup>46</sup> Em relação aos regulamentos independentes, a Constituição portuguesa prevê expressamente sua existência no art. 112º, nº 6, no entanto a doutrina se divide entre os que exigem, também neste caso, uma lei específica habilitante que defina as competências objetiva e subjetiva para a sua emissão e os que os admitem genericamente, fora da zona reservada à lei.<sup>47</sup> Por fim, ao comentar o art. 199º da Constituição, Cabral de Moncada destaca que no primeiro caso (*Fazer os regulamentos necessários à boa execução das leis*) tem-se claramente a figura do regulamento de execução, enquanto o segundo (*Praticar todos os actos e tomar todas as providências necessárias à promoção do desenvolvimento económico-social e à satisfação das necessidades colectivas*) parece acenar para a figura do regulamento independente, “expressão do poder próprio do executivo e que dispensa a intermediação legislativa”, salvo em casos excepcionais.<sup>4849</sup>

Pois bem, após a sintetização dos fundamentos jurídicos do poder regulamentar nos sistemas jurídicos do Brasil, da França e de Portugal, respectivamente, passa-se, no tópico seguinte, ao estudo sobre a tipologia dos regulamentos.

### 1.3.1. A tipologia dos regulamentos

Além das hipóteses expressamente previstas na Constituição brasileira, anteriormente mencionadas, que traduzem o chamado poder regulamentar *externo*<sup>5051</sup>, não se pode perder de vista que nos planos hierárquico e organizacional, a Administração

---

<sup>46</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições...*, cit., 2015, p. 145.

<sup>47</sup> Conforme Vieira de Andrade, que, cabe esclarecer, posiciona-se no sentido de reconhecer a existência dos regulamentos independentes governamentais a partir da previsão contida no art. 112º, nº 6, da Constituição. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições...*, cit., 2015, p. 145.

<sup>48</sup> MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei...*, cit., 2002, p. 988.

<sup>49</sup> Vieira de Andrade faz menção ainda aos regulamentos independentes autônomos provenientes das *autonomias territoriais* (art. 227º/d e 241º) e também aos regulamentos autônomos independentes provenientes das *autonomias profissionais*, “embora apenas com base em habilitações legais”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições...*, cit., 2015, p. 146.

<sup>50</sup> Vieira de Andrade explicita que no uso do poder regulamentar externo são editados os regulamentos externos, assim entendidos aqueles “aplicáveis a quaisquer relações inter-subjetivas (também as inter-administrativas)”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições...*, cit., 2015, p. 141.

<sup>51</sup> A diferença entre regulamento interno e regulamento externo reside na irradiação de seus efeitos normativos. Para a Professora Ana Raquel Gonçalves Moniz, “enquanto os primeiros (regulamentos internos) se dirigem a órgãos integrados na mesma pessoa coletiva pública do órgão-autor do regulamento, produzindo, nessa medida, efeitos internos, os segundos destinam-se a produzir efeitos na esfera de terceiros (quer particulares, quer outras entidades públicas), possuindo eficácia externa”. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2015, p. 235.



Pública necessita expedir inúmeros regulamentos internos<sup>52</sup> com vistas a possibilitar a coordenação e execução de suas atividades. Tais regulamentos, saliente-se, não exigem prévia autorização do ordenamento jurídico, porquanto decorrem do regular exercício das atividades atribuídas constitucionalmente à Administração e principalmente pelo fato de não emanarem seus efeitos – ao menos diretamente – a destinatários externos. Os regulamentos internos, vale dizer, derivam implícita e diretamente do *poder hierárquico* da Administração<sup>53</sup>, uma das faces do poder público de autoridade.

Relativamente às espécies normativas provenientes do poder regulamentar previstas na Carta brasileira de 1988, os regulamentos executivos ou complementares “são aqueles que desenvolvem ou aprofundam a disciplina jurídica constante de uma lei”. Tais regulamentos complementam a lei com o propósito de viabilizar sua aplicação a situações concretas. São caracterizados, portanto, pelas tarefas de pormenorizar, explicitar ou simplesmente complementar o comando legislativo, sendo assim, *secundum legem*.<sup>54</sup> Esses regulamentos, segundo Ana Raquel Gonçalves Moniz, possuem a função de *dinamização legislativa*, ou, noutros termos, de “desenvolvimento criativo de previsões legais”<sup>55</sup> por meio do papel secundário desenvolvido por tais regulamentos. Observe-se que a força e o alcance do regulamento, principalmente o de execução, não são facilmente tangíveis, mas dependentes dos objetos de regulamentação.<sup>56</sup>

A seu turno, os regulamentos autônomos ou independentes são aqueles que, decorrendo de atribuição do exercício de função normativa expressa no texto constitucional (ou legal), importam exercício de função normativa inovadora pelo Executivo para o fim de viabilizar a atuação, dele, no desenvolvimento de função

---

<sup>52</sup> Os regulamentos internos, também segundo Vieira de Andrade, são “regulamentos que se limitam a disciplinar a organização ou funcionamento de uma pessoa colectiva ou de um órgão, na medida em que não tenham nenhum carácter relacional nem envolvam dimensões pessoais, bem como os regulamentos operacionais que determinam auto-vinculações internas (incluindo directrizes de superiores) na interpretação e aplicação das leis, designadamente no exercício de poderes discricionários”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições...*, cit., 2015, pp. 141-142.

<sup>53</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 249-251.

<sup>54</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso...*, cit., 2009, p. 159.

<sup>55</sup> A expressão em destaque é de Schmidt-Assmann (SCHMIDT-ASSMANN, E. *Cuestiones Fundamentales sobre la reforma de la Teoria General del Derecho Administrativo. Necesidade de la Innovación y Presupuestos Metodológicos*. In: J. Barnes (ed.), *Innovación y Reforma em el Derecho Administrativo*. Sevilla: Global Law Press, 2006, p. 35), citado por MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2015, p. 243.

<sup>56</sup> Conforme lição de OSSENBÜHL, Fritz. *Der verfassungsrechtliche...*, cit., 1999, pp. 01-07.

administrativa de sua competência: envolvem, quando necessário, inclusive, a criação de obrigação de fazer ou de não fazer.<sup>57</sup> Assim, quando autorizados legal ou constitucionalmente, os regulamentos independentes são normas jurídicas que estabelecem uma disciplina inicial sobre determinada matéria que integra o conjunto de interesses próprios cuja prossecução está a cargo da Administração Pública.<sup>58</sup>

Além dos regulamentos de execução e também os independentes (ou autônomos), expressamente previstos no direito brasileiro e que, por isso, receberão especial tratamento no presente estudo, importante mencionar que a doutrina faz referência ainda a várias outras espécies e subespécies de regulamento, que, para os objetivos traçados para a presente investigação, não serão objeto de análise.<sup>59</sup>

Também deve-se registrar a existência de interminável divergência doutrinária sobre a possibilidade de a expressão “regulamento autônomo” ser compreendida como sinônima de “regulamento independente” ou se, ao contrário, tais expressões designariam institutos jurídicos de naturezas diversas e devidamente caracterizadas. Em que pese a relevância jurídica da discussão em tela, como seu desfecho não guarda relevância para o estudo que ora se propõe, deve-se esclarecer que, doravante, as expressões antes mencionadas serão aqui consideradas como *sinônimas*, seguindo a orientação doutrinária de Jorge Miranda.<sup>60</sup>

Como no art. 84 da Constituição de 1988 faz-se referência ao poder regulamentar como sendo uma atribuição privativa do chefe do Poder Executivo, deve-se ressaltar que a atividade normativa secundária que caracteriza o poder regulamentar não se esgota na expedição de “decretos” por parte dos chefes do Poder Executivo (presidente, governadores e prefeitos). Com efeito, a Administração Pública emite também inúmeros outros atos de conteúdo normativo com base nesse poder, a exemplo das portarias, instruções normativas, ordens de serviço etc.<sup>61</sup>. Todavia, para alguns autores, com os quais não assentimos, os regulamentos não podem ser confundidos com instruções normativas e

---

<sup>57</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito...*, cit., 2003, p. 253.

<sup>58</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2015, p. 245.

<sup>59</sup> Sobre o tema, vide: GARCIA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, Decimoquinta Edición. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2011; MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudos...*, cit., 2013; QUEIRÓ, Afonso. *Teoria...*, cit., 2000; QUEIRÓ, Afonso. *Teoria dos Regulamentos – 2ª parte*, cit.; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições...*, cit., 2015, entre outros.

<sup>60</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª ed. Tomo V. Coimbra Editora, 2004. p. 209.

<sup>61</sup> Conforme lição de CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 271.

ordens de serviço, normas ditadas por órgãos superiores para dirigir a atividade dos inferiores, que vinculam apenas tais órgãos.<sup>62</sup>

E é assim porque no sistema jurídico brasileiro não só *decretos*, mas também *instruções normativas*, *portarias* e *outros atos normativos* possuem aptidão para a produção de efeitos externos, vinculando os administrados, bem por isso devem ser enquadrados como espécies do gênero *regulamentos*, eis que dimanam, igualmente, do exercício do poder regulamentar. Além dessas normas cuja materialização decorre do uso do poder regulamentar, não se pode perder de vista que a Administração Pública brasileira também expede um grande número de atos normativos internos, com vistas a coordenar e executar suas atividades; esses regulamentos internos, como já explicitado, encontram sua força motriz no *poder hierárquico*<sup>63</sup>, e não no poder regulamentar.

Portanto, por meio do poder regulamentar o ordenamento jurídico permite à Administração editar regulamentos administrativos com a finalidade de dar fiel execução à lei, de complementá-la ou ainda, em alguns casos, de inovar na ordem jurídica, criando direito novo, tal qual o faz o Poder Legislativo.<sup>64</sup>

Reforce-se que não apenas o chefe do Poder Executivo exerce o poder regulamentar no Brasil, mas toda a Administração Pública, direta e indireta, dos quatro entes políticos, e mesmo entidades privadas, conforme adiante será analisado, bastando para tanto que a entidade, pública ou privada, esteja investida em poder de autoridade. Bem por isso, o vocábulo *regulamento*, conforme já mencionado, deve ser compreendido como sendo o *gênero* que comporta várias e diferentes espécies no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, não obstante a Constituição faça referência ao “decreto executivo” e ao “decreto autônomo”, deve-se registrar que existem inúmeros outros atos de caráter normativo que se materializam por meio do exercício do poder regulamentar, a exemplo das portarias e instruções normativas, entre outros. Por isso, no Brasil, a multiplicidade de

---

<sup>62</sup> PARADA, Ramón. *Derecho administrativo I*. Parte General. Decimosexta Edición, Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 71.

<sup>63</sup> Explica Vieira de Andrade que “as diferenças entre regulamentos externos e internos revelam-se, desde logo, quanto ao seu fundamento: a competência regulamentar externa funda-se em previsão legal expressa; a competência regulamentar interna funda-se num poder implícito de auto-organização administrativa (que, por isso, não necessita de previsão expressa da lei)”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições...*, cit., 2015, p. 142. A esse poder implícito de auto-organização dá-se o nome no Brasil de *poder hierárquico*. Segundo a doutrina de Santos, por meio do poder hierárquico “o administrador organiza estruturalmente a Administração, escalonando e coordenando as funções de cada órgão e repartindo as competências de seus agentes”. SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 173.

<sup>64</sup> Conforme, entre outros, SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 178 e ss.

órgãos e entidades que possuem competência para a expedição de regulamentos faz com que se torne visível, nos dias atuais, uma verdadeira *dispersão subjetiva do poder regulamentar*.<sup>65</sup> Some-se a isso o fato de a Administração Pública brasileira ser marcada, na atualidade, por um evidente inchaço estrutural e também pelo histórico excesso de burocracia, circunstâncias que concorrem para o aumento do número de regulamentos no cotidiano administrativo.

Com a fragmentação do poder regulamentar nas mãos de várias autoridades, cada qual atuando dentro de sua esfera de competência, há quem sustente que a existência desse poder normativo revela verdadeira “estratégia estatal”<sup>66</sup> que tem por objetivo tornar mais dinâmica e eficiente a atuação da Administração Pública, sendo possível sustentar também, em especial nos países que adotaram o modelo de regulação independente, como nos Estados Unidos da América, que nos dias atuais a implementação de políticas públicas perpassa naturalmente por uma *gestão eficaz do processo de regulamentação*.<sup>67</sup>

Conforme será abordado na sequência, os regulamentos guardam uma estreita ligação com a natureza da função administrativa como atividade secundária do Estado. Nessa perspectiva, importante mencionar, na esteira de Sousa e Matos, que os regulamentos apresentam três<sup>6869</sup> funções distintas: a) a *função de execução das leis*, por meio da qual possibilita a aplicação prática de um determinado regime legal, nomeadamente através da introdução de disciplina normativa de determinadas matérias que a lei se absteve de regular e que todavia é necessária para que esta seja exequível; b) a *função de complementação das leis*, pela qual visa a regulação de aspectos acessórios de

---

<sup>65</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Princípios...*, cit., 2002, p. 331.

<sup>66</sup> PECK, Cornelius. *The Atrophied Rulemaking Powers of the National Relations Board*. Yale Law Journal, 70, 1967, pp. 729-761.

<sup>67</sup> KERWIN, Cornelius M. *Rulemaking: How Government Agencies Write Law and Make Policy*, 4th ed. CQ Press, 1999, p.74.

<sup>68</sup> Para Ana Raquel Gonçalves Moniz, os regulamentos podem cumprir quatro funções distintas: a *função de execução*, que se revela como um mecanismo jurídico que desenvolve e completa a lei; a *função de interpretação*, materializada na interpretação de normas legais (ou mesmo regulamentares) efetuada através de regulamentos emanados pelos órgãos administrativos; a *função de dinamização da lei*, hipótese em que a lei admite a uma fonte jurídica hierarquicamente inferior que se assuma como um seu complemento; e *função de dinamização da ordem jurídica*, aqui compreendida na possibilidade de edição de regulamentos independentes, no duplo sentido de regulamentos diretamente fundados na Constituição portuguesa, quais sejam: os regulamentos governamentais, emitidos sob a forma de decretos regulamentares e de regulamentos relativamente aos quais a lei ordinária define a competência objetiva e subjetiva para sua emissão. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2015, pp. 241-245.

<sup>69</sup> Para saber mais sobre as funções do regulamento administrativo: SAURER, Johannes. *Die Funktionen der Rechtsverordnung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.

um determinado regime legal, que a lei não regulou diretamente, por considerar necessário ou conveniente que sejam definidos por regulamento; e c) a *função de dinamização global da ordem jurídica*, por meio da qual visa a introdução de disciplinas normativas materialmente inovatórias, por não corresponderem a execução ou complementação de leis, a exemplo dos regulamentos autônomos.<sup>7071</sup>

A partir das notas características do poder regulamentar, é possível afirmar que por meio dessa prerrogativa estatal a Administração Pública e seus delegados criam os mecanismos jurídicos de adaptação da ordem jurídica existente à realidade administrativa e social em determinado momento histórico, flexibilizando e otimizando a atuação de seus agentes com vistas a acompanhar as constantes e crescentes demandas sociais, tornando assim viável e factível o exercício da função administrativa. É certo, contudo, que do poder regulamentar não pode emergir um ordenamento jurídico próprio e estanque; ao contrário, os regulamentos administrativos expedidos pela Administração Pública devem encontrar seu fundamento e seu limite na lei formal e, em alguns casos, na própria Constituição.<sup>72</sup>

### **1.3.2. O regulamento como típico exercício da função administrativa**

Por meio do poder regulamentar a Administração Pública normatiza situações gerais e abstratas, com o objetivo de cumprir ou fazer cumprir normas emanadas do Poder Legislativo ou mesmo do próprio Poder Executivo. Trata-se, conforme se verá adiante, de nítido – e necessário – exercício da função administrativa do Estado. Com efeito, para Zanobini, o poder administrativo – aí incluído o regulamentar – não caracteriza um poder específico e inerente à autoridade administrativa, mas, antes, assume-se como prerrogativa conferida casualmente pela norma jurídica (Constituição ou lei), como instrumento para o exercício da função administrativa do Estado.<sup>73</sup>

---

<sup>70</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral*. Tomo III. Lisboa: Dom Quixote, 2007, p. 245.

<sup>71</sup> Saurer, em abrangente estudo sobre as funções do regulamento, faz alusão à função de flexibilização da legislação, a qual possibilita uma agilização na produção normativa elaborada pela Administração, com a fluidez necessária ao atendimento de necessidades públicas que se renovam em uma velocidade incompatível com o procedimento legislativo ordinário. SAURER, Johannes. *Die Funktionen...*, cit., 2005, pp. 82-83.

<sup>72</sup> Conforme lição de OSSENBUHL, Fritz. *Der verfassungsrechtliche...*, cit., 1999, pp. 01-07.

<sup>73</sup> ZANOBINI, Guido. *Sul Fondamento dela inderogabilità dei regolamenti*. *Rivista de Diritto Pubblico*, 1917, p. 401.

O poder regulamentar se justifica pela complexidade de tarefas confiadas à Administração Pública, que, por sua vez, exige maior dinamismo no enfrentamento das questões rotineiramente vivenciadas e/ou reivindicadas pelos administrados. Diante desse cenário dinâmico, multifacetado e por vezes imprevisível, o regulamento administrativo se revela como o adequado “instrumento de coordenação da função administrativa”<sup>74</sup> do Estado, possibilitando à Administração criar o suporte jurídico necessário ao atendimento das necessidades dos administrados – e também às suas.

De fato, há diferentes razões a justificar o exercício do poder regulamentar pela Administração, a começar pela dificuldade ou mesmo impossibilidade de o Poder Legislativo regular, “até os mínimos detalhes”, todas as condutas administrativamente possíveis na vida social<sup>75</sup>. Para além disso, as formalidades inerentes ao processo legislativo ordinário a cargo do Poder Legislativo por vezes se mostram incompatíveis com as novas e crescentes necessidades materiais dos administrados, o que acaba por evidenciar, por um lado, certo esvaziamento das atribuições do Poder Legislativo em contraponto à superposição, cada dia mais perceptível, dos atos de conteúdo normativo emanados do Poder Executivo. E é assim porque o regulamento se materializa por meio de um “procedimento descomplicado e manejável rapidamente”, quando comparado ao processo ordinário de elaboração de leis.<sup>76</sup>

Nesse horizonte, se em regra é papel do Poder Legislativo inovar a ordem jurídica, criando direito novo, pode-se afirmar que a importante tarefa de impor a necessária *dinamização da ordem jurídica*<sup>77</sup> pertence ao Governo e também à Administração Pública, por sua própria vocação constitucional e também pela proximidade dos cidadãos, que emerge a partir do exercício rotineiro da função administrativa. Por isso, não é exagero afirmar que o regulamento traduz hoje uma espécie de “motorização legislativa”<sup>78</sup>, significando com isso dizer que por meio da expedição de regulamentos a

---

<sup>74</sup> GRECO, Giuseppe. *I Regolamenti Amministrativi*. Torino: G. Giappichelli Editore, p. 47.

<sup>75</sup> MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho Administrativo*. 21. Ed. Madrid: Trivium, 2002, p. 139.

<sup>76</sup> SAURER, Johannes. *Die Funktionen...*, cit., 2005, pp. 82.

<sup>77</sup> ANDRADE, J. C. Vieira de. *O Ordenamento Jurídico Administrativo Português*, in: *Contencioso Administrativo*, Braga, 1986, p. 65.

<sup>78</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso...*, cit., 2011, p. 191.

Administração supre as carências normativas diagnosticadas no cotidiano administrativo, propiciando a aplicação não só das leis em sentido estrito, mas do próprio direito.<sup>79</sup>

As reflexões acima permitem extrair a essência do poder regulamentar, que é conferir à Administração Pública mecanismos normativos céleres e tecnicamente adequados ao cumprimento de sua tarefa constitucional de prossecução do interesse público. Sob outro enfoque, o poder regulamentar também se mostra de fundamental importância à Administração por afigurar-se como um mecanismo que permite, pelo menos em tese, realizar uma *adaptação dinâmica da lei*<sup>80</sup>, de modo a tornar possível o atendimento às novas necessidades dos administrados ou mesmo da própria Administração.<sup>81</sup>

### **1.3.3. Análise comparativa da concepção do poder regulamentar em diferentes sistemas jurídicos e a busca por uma definição**

O poder regulamentar não se manifesta com igual intensidade nos variados sistemas de governo atualmente existentes. Com efeito, em regimes presidencialistas, como é o caso do Brasil, a separação das funções estatais é mais nítida e o Poder Executivo não está vinculado aos órgãos do Legislativo.<sup>82</sup> De fato, há sistemas jurídicos em que praticamente predominam as normas oriundas do poder regulamentar em comparação àquelas provenientes do Poder Legislativo, enquanto noutros, em maior ou menor medida, a expedição de regulamentos esbarra em limitações mais exigentes, tanto de ordem formal quanto material.

Não obstante, independentemente do sistema de governo adotado, é inegável que o papel normativo da Administração Pública ganha em importância a cada dia, dada a

---

<sup>79</sup> Para Saurer, o regulamento, pelo seu procedimento simplificado de confecção, propicia um nivelamento entre a velocidade de produção do ato normativo e a vontade política do agente estatal, circunstância que torna a norma regulamentar indispensável nos dias atuais, sobretudo no campo técnico-científico. SAURER, Johannes. *Die Funktionen...*, cit., 2005, p. 87.

<sup>80</sup> LEISNER, Walter. *L'Etat de droit. Une Contradiction?* Recueil d'Études en Hommage a Charles Eisenmann, Paris: Éditions Cujas, 1977, p. 65.

<sup>81</sup> Importante citar mais uma vez a doutrina de Saurer, para quem a facilidade de possibilitar as “adaptações jurídicas” necessárias à atualização da norma legal sem que seja imprescindível sua revogação é outra função da norma regulamentar. Com efeito, o regulamento, mais ágil e flexível quando comparado à lei formal, permite o refinamento e constante atualização desta, em razão de sua clara e saudável mutabilidade. SAURER, Johannes. *Die Funktionen...*, cit., 2005, p. 90.

<sup>82</sup> Conforme lição de SILVA, Carlos Medeiros. *O poder regulamentar no direito comparado*. Revista de Direito Administrativo, Vol. 30, 1952, p. 30.

complexidade e também ao elevado número de tarefas hodiernamente confiadas aos órgãos e entidades que integram a Administração Pública. Nesse contexto, se o ato de “legislar” consubstanciase hoje um monopólio do parlamento, não haveria como negar que tal seria uma representação absolutamente estranha à realidade dos fatos.<sup>83</sup>

Nessa perspectiva, se é certo que o poder regulamentar é prerrogativa estatal atualmente presente em todos os sistemas jurídicos, também é correto afirmar que tal prerrogativa apresenta variações normativas, de denominação e também alcances distintos em muitos países. Por isso, será analisado em primeiro lugar o sistema norte-americano, em cuja Constituição não há a previsão de um poder regulamentar da Administração Pública. O poder de emanar regulamentos administrativos, nos Estados Unidos, decorre de expressa delegação legislativa. Num segundo momento serão examinados alguns sistemas em que o poder regulamentar é previsto na própria Constituição, ou seja, a prerrogativa de emanar regulamentos é vista como uma dimensão genética do poder administrativo. Neste caso se enquadra principalmente o sistema francês, além, também, dos modelos espanhol e brasileiro.<sup>84</sup>

Nos Estados Unidos da América, ainda no século XIX<sup>85</sup>, percebeu-se que o legislador não tinha condições de agir com a celeridade e flexibilidade necessárias à implementação das políticas públicas. No entanto, não há um poder regulamentar previsto na Constituição<sup>86</sup>. Por conseguinte, decidiu-se que apenas a partir das delegações específicas do Poder Legislativo à Administração Pública poderiam as demandas, sobretudo às de natureza econômica, ser atendidas com efetividade.<sup>87</sup> No direito norte-americano, portanto, a inexistência de um poder regulamentar na Constituição é suprida

---

<sup>83</sup> O Prof. Fritz Ossenbühl ainda acrescenta, após fazer menção a um estudo que compara os sistemas jurídicos da Inglaterra, França, Estados Unidos e Alemanha, que atualmente “nenhum Estado pode prescindir de um legislativo simplificado”. OSSENBÜHL, Fritz. *Gesetz und Verordnung im gegenwärtigen Staatsrecht. In Zeitschrift für Gesetzgebung*, 4/97, pp. 305-320.

<sup>84</sup> Em Portugal, tal qual ocorre no Brasil, a competência para a expedição de regulamentos decorre de expressa previsão constitucional, conforme já mencionado.

<sup>85</sup> Conforme Breyer e Stewart, na segunda parte do século XIX a atividade regulatória começou a desenvolver-se nos EUA. A primeira agência reguladora federal independente foi a *Interstate Commerce Commission* (ICC), instituída no ano de 1887, com o objetivo de regulamentar serviços de transporte ferroviário, de modo a conter o abuso do poder econômico. BREYER, Stephen G.; STEWART, Richard B. *Administrative Law and Regulatory Policy*. Boston: Little, Brown and Company, 1992, p. 35 e ss

<sup>86</sup> U. S. Constitution, Article I, Section 1: “All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives”.

<sup>87</sup> SCHWARTZ, Bernard; CORRADA, Roberto L. *American Administrative Law*. New York: Aspen Law & Business, 2001, p. 88; BREYER, Stephen G.; STEWART, Richard B. *Administrative...*, cit., 1992, p. 35 e ss.



pela *delegated legislation*<sup>8889</sup>, isto é, pela autorização legislativa específica conferida pelo Poder Legislativo às autoridades reguladoras competentes. O poder regulamentar norte-americano (*rulemaking power*), vale repetir, não emerge a partir de previsão constitucional, como ocorre no Brasil, França e Portugal, por exemplo, mas de normas de índole infraconstitucional.<sup>90</sup>

Segundo o que se extrai da Constituição americana (art. 1º) apenas o Congresso possui o poder de inovar a ordem jurídica, criando normas jurídicas. Não obstante, com a multiplicação dos problemas que exigem normatização do Estado, o Congresso dos EUA criou as *agencies* para atuarem, mediante prévia delegação, na normatização das matérias atinentes às suas respectivas áreas de atuação. Portanto, o próprio Congresso delega certos poderes normativos às agências administrativas (*delegation of quasi-legislative power*) e fixa seus limites de atuação, de modo a preservar seu monopólio legislativo.<sup>91</sup> Por conta de possíveis excessos no uso do poder delegado, a jurisprudência da *Supreme Court* dos EUA passou a exigir que fossem fixados *standards* para a delegação congressional. Trata-se da aplicação da teoria conhecida como *nondelegation doctrine*<sup>92</sup>, pela qual não se admite uma delegação congressional aberta e sem critérios às agências. Neste contexto, a *Supreme Court* passou a fixar parâmetros com o objetivo de delimitar tanto quanto possível a delegação de poderes de regulamentação às agências federais. Em síntese, pode-se afirmar que a *delegated legislation* é a possibilidade de transferência de poder legislativo para a agência, enquanto a *nondelegation doctrine* estabelece os limites e requisitos para uma transferência

---

<sup>88</sup> Conforme a doutrina de FUNK, William F. and SEAMON, Richard H. *Administrative Law*. Third Edition. New York: Aspen Publishers, 2009, p. 30; e DELEO, John D. Jr. *Administrative Law*. Clifton Park, New York: Delmar, Cengage Learning, 2009, p. 16 e ss.

<sup>89</sup> A doutrina majoritária norte-americana tem sustentado que a delegação legislativa emanada do Congresso deve conter os *standards* mínimos, ou seja, os contornos para a atuação regulatória da agência. Nesse sentido: AMAN JR., Alfred C. and MAYTON, William T. *Administrative Law*. Third Edition (Hornbook Series). West Academic Publishing, 2014; LUBBERS, Jeffrey S. *A guide to Federal Agency Rulemaking*. Fourth Edition, ABA Book Publishing, 2012; FUNK, William F. and SEAMON, Richard H. *Administrative Law*. Third Edition. New York: Aspen Publishers, 2009.

<sup>90</sup> De acordo com o art. I, S 1, da Constituição dos EUA, o Poder Legislativo possui competência para legislar, com a finalidade de traçar as diretrizes políticas do Estado. (*All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States (...)*). Tradução livre. Como o poder normativo das agências americanas não decorre diretamente da Constituição, faz-se necessário que haja uma delegação de poderes feitas em seu favor, pelo Congresso, para o exercício de suas competências normativas.

<sup>91</sup> FUNK, William F.; SEAMON, Richard H. *Administrative...*, cit., 2009, pp. 30-31.

<sup>92</sup> Conforme BREYER, Stephen G.; STEWART, Richard B. *Administrative...*, cit., 1992, p. 66 e ss.

constitucionalmente válida desse poder, de modo a salvaguardar o princípio da separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos.<sup>93</sup>

Para alguns importantes autores norte-americanos o estudo das agências e consequentemente do papel regulatório por elas desempenhado chega a confundir-se com a própria definição de direito administrativo.<sup>94</sup> Nessa linha, o direito administrativo norte-americano seria, numa abordagem restritiva, o ramo jurídico que estuda o papel desempenhado pelas agências governamentais, bem como o relacionamento de tais agências com outras instituições públicas, tais como o Congresso, o Poder Judiciário e o próprio Presidente da República. Há, contudo, críticas à definição restritiva de *Administrative Law* anteriormente mencionada, pois, conforme lição de Kenneth Davis, há comprovadamente diversas outras áreas de atuação governamental alheias às agências reguladoras, mas que também são normatizadas e estudadas no âmbito do Direito Administrativo norte-americano, a exemplo do que ocorre com os contratos administrativos.<sup>95</sup>

Pode-se dizer, portanto, que o direito administrativo norte-americano se ocupa das atividades executadas por órgãos vinculados ao Poder Executivo, de algumas matérias residuais e sobretudo das tarefas desempenhadas pelas agências, visando, em qualquer caso, a busca pelo “equilíbrio entre os direitos individuais e os interesses públicos”.<sup>96</sup>

O poder regulamentar das agências reguladoras norte-americanas (*rulemaking*) é definido pelo § 557 (5) da Lei do Procedimento Administrativo Federal – APA, da seguinte forma: “procedimento instaurado por uma agência para a formulação, alteração ou revogação de uma regra”. O *Administrative Procedure Act* (APA), aprovado em 1946, é uma norma geral que disciplina as competências das agências administrativas dos EUA, assim entendidas como “quaisquer unidades governamentais criadas por lei com atribuições de normatizar e solucionar problemas relacionados à determinada área de atuação”<sup>97</sup>. Essas agências administrativas formam o gênero do qual são espécies as

---

<sup>93</sup> DELEO, John D. Jr. *Administrative...*, cit., 2009, p. 16 e ss.

<sup>94</sup> PIERCE JR, Richard J. *Administrative Law*. Nova York: Foundation Press, 2008, p. 01.

<sup>95</sup> DAVIS, Kenneth Culp. *Administrative Law and Government*, 2<sup>nd</sup> Ed. St. Paul West Publishing Co., 1975, p. 07.

<sup>96</sup> JAFFE, Louis L. *Talks on American Law*. Washington: Voice of America, 1973, p. 129.

<sup>97</sup> GELLHORN, Walter; et. al. *Gellhorn and Byse's Administrative Law – Cases and comments*. Westbury (N.Y.): The Fundation Press, 1995, pp. 34-35.

agências independentes (*independent regulatory commissions*) e as agências executivas (*executive agencies*), cuja distinção é feita a partir dos diferentes graus de subordinação relativamente ao Poder Executivo.<sup>99</sup>

Em síntese, nos Estados Unidos o poder administrativo, cuja principal manifestação é o poder regulamentar, é desempenhado quase que exclusivamente pelas *Administrative Agencies*, por meio de delegação congressional, com limites de atuação preestabelecidos e possibilidade de controle pelo Poder Judiciário.

As agências reguladoras nos Estados Unidos, como dito, exercem um poder delegado pelo Congresso Nacional, sendo por isso obrigadas a agir dentro de certos limites substanciais assinalados pela delegação congressional e também respeitar limitações processuais oriundas do *Administrative Procedure Act (APA)*. As ações das agências são classificadas pela aludida lei em duas categorias especiais: a expedição de regulamentos, que possuem as mesmas características das leis; e as ordens, que possuem semelhança com as decisões judiciais. As agências também são capazes de adotar normas de caráter não legislativo com a finalidade de interpretar ou esclarecer regulamentos ou outras normas já existentes. De maneira simplificada, esse é o modelo de poder regulamentar adotado pelos Estados Unidos da América. Portanto, é possível perceber que as agências governamentais dos EUA apresentam natureza híbrida e poliforme<sup>100</sup>, da qual emergem diferentes prerrogativas que possibilitam a execução de políticas públicas, sendo as mais importantes a expedição de regras administrativas (*rulemaking*) e também a função de decidir demandas de índole administrativa (*adjudication*).<sup>101</sup> Por outras palavras, as agências norte-americanas reúnem competências tanto para a edição e imposição de regulamentos quanto para a resolução de demandas administrativas envolvendo suas respectivas matérias, realizando, no dizer de Schwartz, “verdadeira concretização da função administrativa”<sup>102</sup> do Estado.

---

<sup>98</sup> O *Administrative Procedure Act* estabelece procedimentos e requisitos a serem observados pelas agências na expedição de regulamentos sobre temas que lhe são afetos, bem como para o julgamento dos casos de sua competência. GELLHORN, Walter; et. al. *Gellhorn and Byse's Administrative...*, cit., 1995, p. 34 e ss.

<sup>99</sup> GELLHORN, Walter; et. al. *Gellhorn...*, cit., 1995, pp. 34-35; BREYER, Stephen G.; STEWART, Richard B. *Administrative Law and Regulatory Policy*. Boston: Little, Brown and Company, 1992, p. 91 e ss.

<sup>100</sup> GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. São Paulo: Manole, 2004, p. 115.

<sup>101</sup> SHAPIRO, S. *Agency Oversight as “Whac-a-mole”*: *The Challenge of Restricting Agency use of Nonlegislative Rules*. In *Harvard Journal of Law and Public Policy*. 2014, Vol. 37, pp. 523-552.

<sup>102</sup> SCHWARTZ, Bernard; CORRADA, Roberto L. *American...*, cit., 2001, p. 130.

Por conta do fenômeno da *agencificação* vivenciado nos Estados Unidos, o poder regulamentar da Administração (no caso, das agências) tem sido por muitos considerado como “o ato principal do processo de elaboração de políticas” do governo norte-americano<sup>103</sup>, tendo em vista, notadamente, a prerrogativa de editar com agilidade e riqueza de detalhes regulamentos que abrangem as mais diversas áreas de atuação do Poder Público, tais como economia, saúde pública, transações financeiras, serviços públicos de forma geral e outras.<sup>104</sup>

Questão derradeira e de peculiar importância sobre as agências norte-americanas diz respeito à sua independência, defendida e reconhecida por parte da doutrina clássica, mas relativizada pela doutrina moderna, mais consentânea com a realidade, que admite o controle judicial e também político dos atos praticados pelas agências.<sup>105</sup>

O sistema jurídico francês, diferentemente do norte-americano, consagrou na Constituição de 1958 os regulamentos autônomos ou independentes, relacionando, por um lado – e de forma exaustiva, as matérias reservadas à lei formal (art. 34) e, de outro, prescrevendo que as demais matérias serão normatizadas por meio de regulamentos autônomos (art. 36). A natureza residual das matérias suscetíveis de tratamento por regulamento só evidencia a importância conferida ao poder regulamentar na França. A propósito, para Jean Rivero, poder regulamentar é “o poder de estatuir por via geral, concedido a autoridades diferentes do Parlamento, quer nacionais, quer locais”.<sup>106107108</sup>

Portanto, a Constituição francesa adotou uma sistemática invertida em comparação àquela perfilhada pela Carta brasileira. Entre nós, a Constituição de 1988 admite por exceção o regulamento, sobretudo o independente; na França, ao contrário, a

---

<sup>103</sup> DRIVER C. *Regulatory precision, Making regulatory policy*. Hawkins K, Thomas J, editors. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1989, p. 199.

<sup>104</sup> SHAPIRO, S. *Agency...*, cit., 2014, pp. 523-552.

<sup>105</sup> BREYER, Stephen G. *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text and Cases*. New York: Aspen, 2006, pp. 101-105.

<sup>106</sup> RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 77.

<sup>107</sup> Laubadère, por sua vez, compreende o poder regulamentar como “uma prerrogativa concedida a determinadas autoridades administrativas, que consiste na expedição de normas de caráter geral”. LAUBADÈRE, André de. *Manuel de Droit Administratif*. Onzième Édition, Paris: LGDJ, 1978, p. 202.

<sup>108</sup> Verpeaux alarga o conceito de poder regulamentar ao enfatizar a complexidade de tarefas a cargo da Administração Pública e, na sequência, sustenta que tal poder propicia que uma autoridade estranha ao Poder Legislativo possa expedir disposições gerais, de natureza abstrata e impessoal, não apenas destinadas à interpretação de legislação anterior, mas também que contenham medidas novas relativamente a ordem jurídica vigente e possibilitem a aplicação direta e coercitiva aos administrados, talqualmente ocorre com a lei. VERPEAUX, Michel. *La Naissance du Pouvoir Réglementaire*. Paris: Presses Universitaires de France, 1991, pp. 357-358.

Constituição relaciona pontualmente as matérias que serão objeto de lei (reserva de lei), e estabelece, de forma residual, que todos os demais assuntos deverão ser normatizados por meio de regulamentos (reserva de regulamento).<sup>109</sup> Embora a Constituição de 1958 tenha perspectivado uma delimitação em tese mais rigorosa sobre as reservas de lei e de regulamento, Louis Favoreu registra que as fronteiras entre tais instrumentos normativos (lei e regulamento) não foram devidamente demarcadas. Em razão disso, não raro os tribunais administrativos e também o *Conseil Constitutionnel* têm sido chamados a se manifestar sobre os limites fronteiraços entre a atuação que cabe ao Legislativo e aquela atribuída constitucionalmente ao Poder Executivo.<sup>110</sup>

A seu turno, o sistema jurídico espanhol, consoante a doutrina de Enterría, se assemelha ao sistema francês, antes referenciado, tendo em vista que nele também é dispensável a delegação específica, porquanto existe um poder geral de regulamentação que emana da própria Carta espanhola.<sup>111</sup> Com efeito, a Constituição espanhola, por meio de seu art. 97, atribui ao governo o exercício do poder regulamentar originário, com vistas à expedição de “regulamentos independentes”, acampando a teoria segundo a qual essa prerrogativa decorre dos poderes próprios e inerentes à Administração Pública.<sup>112</sup> O poder regulamentar que emana do art. 97, anteriormente referenciado, somente se aplica ao Órgão Supremo da Administração, ou seja, ao governo.<sup>113</sup> No entanto, há também no sistema espanhol o poder regulamentar derivado<sup>114</sup>, por meio do qual os ministros e outras

---

<sup>109</sup> Na França, portanto, a partir da Assembleia Constituinte revolucionária, optou-se por uma separação de poderes mais rigorosa, cujo principal objetivo era proibir o rei de elaborar leis e ao mesmo tempo promover sua execução, evitando-se, assim, que o monarca acumulasse os poderes legislativo e executivo. Ainda hoje, na vigência da Constituição francesa de 1958, percebe-se uma divisão mais clara e sistematizada entre a reserva de lei e a reserva de regulamento. Nesse sentido, entre tantos: VERPEAUX, Michel. *La Naissance du Pouvoir Réglementaire*. Paris: Presses Universitaires de France, 1991, p. 14 e ss.; MALBERG, Carré de. *Contribution à la Théorie Générale de L'État*, T. I, Paris: Sirey, 1920, pp. 549-551.

<sup>110</sup> FAVOREU, Louis. *Le Domaine de la Loi et du Règlement*. Aix-em-Provence: Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1981, pp. 31-35; FAVOREU, Louis. *Le Conseil Constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics*, RD publ., 1987, pp. 04-20.

<sup>111</sup> GARCIA DE ENTERRIA, E. *Legislación delegada, potestade reglamentaria y control judicial*. Madri: Civitas, 1988, p. 108.

<sup>112</sup> GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto; LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. 1. Parte General. Decimocuarta Edición. Madrid: Tecnos, 2005, p. 274.

<sup>113</sup> GARRIDO FALLA, Fernando. *Comentarios a la Constitución*. 3ª ed. Madrid: S. L. Civitas Ediciones, 2001, p. 1516.

<sup>114</sup> GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto; LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. *Tratado...*, cit., 2005, pp. 274-275.

autoridades podem expedir regulamentos de execução, instruções de serviço e outros atos normativos internos.

A partir da década de 1980 surgiram na Espanha várias entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público, inspiradas, tal qual ocorreu no Brasil, no modelo norte-americano, com “certas funções de regulação e ordenação da vida social, econômica ou cultural”<sup>115</sup>. Tais entidades, nomeadas autoridades administrativas independentes, exercem poder regulamentar, mas apenas quando haja prévia e específica autorização legal nesse sentido, sendo certo que as normas regulamentares emanadas de tais autoridades possuem natureza derivada, isto é, “são ordenamentos sustentados por outro ordenamento”.<sup>116</sup> As autoridades administrativas independentes da Espanha guardam semelhança com as agências reguladoras brasileiras, conforme tratar-se-á adiante, em virtude da clara influência, em ambas, do modelo norte-americano de *administrative agencies*.

Pois bem, o poder regulamentar na ordem jurídica brasileira possui um alcance bem mais reduzido do que no direito norte-americano, que atua mediante delegação parlamentar, dadas as limitações de natureza formal e sobretudo material que doravante serão examinadas. Mesmo as agências reguladoras brasileiras, que foram criadas sob inspiração do direito norte-americano, embora sejam atualmente as entidades da Administração Pública brasileira que mais exercem o poder regulamentar, também esbarram em rigorosos limites formais e materiais previstos na Constituição de 1988.

No Brasil, a doutrina tradicional costuma definir o poder regulamentar como sendo “a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação”.<sup>117</sup> Tal definição, como se pode notar, apresenta-se incompleta, já que não faz referência aos regulamentos autônomos, espécie normativa prevista expressamente na Constituição de 1988, que, talqualmente as leis, retiram sua força diretamente do texto constitucional, bem como às entidades

---

<sup>115</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Regulación Económica y Modelo de Administración*. In *Administración Instrumental – Libro Homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, Vol. I. Madrid: Civitas, 1994, p. 62.

<sup>116</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. *La Potestad Normativa de las Administraciones Independientes*. In *Administración Instrumental – Libro Homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, Vol. I. Madrid: Civitas, 1994, p. 651.

<sup>117</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30ª ed., São Paulo: Atlas, 2016, p. 59.

privadas, que, conforme já referenciado, também exercem poder de autoridade, mediante prévia delegação estatal.<sup>118</sup>

Como o sistema jurídico brasileiro faz alusão expressa ao regulamento de execução e também ao regulamento autônomo como formas legítimas de materialização do poder regulamentar da Administração Pública, tem-se que a definição de Antonio Embid Irujo é mais consentânea com a realidade jurídico-normativa brasileira. Para o referido autor, poder regulamentar “é o poder típico da Administração Pública conferido pela Constituição e pelas leis, dirigido especificamente para a criação de direito nos limites definidos pelo ordenamento jurídico e mediante um procedimento específico igualmente previsto no ordenamento”.<sup>119</sup>

Acrescenta-se ao conceito acima o fato de o poder regulamentar já não mais se revelar como uma prerrogativa exclusiva da Administração. Assim, partindo-se da premissa segundo a qual hodiernamente a função administrativa também é exercida por entidades privadas<sup>120</sup>, mediante delegação estatal, apresentamos o poder regulamentar como sendo o poder conferido pelo ordenamento jurídico à Administração Pública, delegável em certos termos às entidades privadas que exercem poder de autoridade, de expedir regras jurídicas de natureza geral e abstrata, seja com o objetivo de permitir a adequada execução da lei, seja ainda para inovar a ordem jurídica, observados em qualquer caso os limites formais e materiais previstos nas normas de índole superior.

#### **1.4. Natureza jurídica dos regulamentos administrativos**

Devido à carga normativa dos regulamentos administrativos e, em alguma medida, à sua semelhança com os atos normativos primários e mesmo com os atos administrativos, vez por outra há contestação doutrinária acerca de sua natureza jurídica, havendo inclusive quem entenda que seu exercício pela Administração Pública

---

<sup>118</sup> Segundo o magistério de Ana Raquel Gonçalves Moniz, a delegação de poderes públicos a entidades privadas materializa uma das espécies de delegação *inter-subjetiva*, mas, acrescenta, *extra-administrativa*, determinando a constituição de uma relação jurídica entre uma entidade pública e uma entidade privada. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudos...*, cit., 2013, p. 124.

<sup>119</sup> EMBID IRUJO, Antonio. *Potestad Reglamentaria*. In Revista Vasca de Administracion Publica. Nº 29, 1991, p. 83.

<sup>120</sup> Conforme lição de GONÇALVES, Pedro. *Entidades...*, cit., p. 613 e ss.

caracterizaria uma atividade atípica, própria da função tradicionalmente conferida ao Poder Legislativo.

A partir das premissas e conceitos analisados em tópicos anteriores, cabe agora buscar resposta para uma importante indagação: ao editar um regulamento administrativo, estaria a Administração exercendo regularmente sua função administrativa ou, diferentemente, estaria, por exceção, a exercer uma atividade atípica, própria do Poder Legislativo? A resposta exige, num primeiro momento, o exame da definição de regulamento administrativo para, em seguida, proceder a um juízo de valor, devidamente fundamentado, sobre o real alcance da locução *função administrativa*.

Os regulamentos administrativos, nas palavras de Diogo Freitas do Amaral, “são as normas jurídicas emanadas no exercício do poder administrativo por um órgão da Administração ou por outra entidade pública ou privada para tal habilitada por lei”<sup>121</sup>. Regulamento é, em síntese, toda norma escrita expedida pela Administração Pública<sup>122</sup> ou por quem lhe faça as vezes.<sup>123124125</sup>

Conforme veremos em tópico próprio, o regulamento se assemelha à lei, em seu caráter geral, impessoal e permanente, mas dela se diferencia por emanar de órgão distinto bem como por ser uma norma secundária e de categoria *inferior à lei*.<sup>126</sup> Devido à natureza secundária e derivada dos regulamentos administrativos, afirma Vieira de Andrade que tais atos normativos constituem *o nível inferior do ordenamento jurídico administrativo*.<sup>127</sup>

---

<sup>121</sup> AMARAL, Diogo Freitas. *Curso...*, cit., 2009, pp. 151-152.

<sup>122</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, E.; e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso...*, cit., 2011, 189.

<sup>123</sup> Gordillo, por sua vez, define o regulamento administrativo como uma manifestação unilateral da Administração realizada no exercício da função administrativa que produz efeitos jurídicos gerais e diretos. GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Parte General. México: Editorial Porrúa, 2004, p. 204.

<sup>124</sup> Podemos citar ainda as definições de Canotilho, para quem o regulamento “é um acto normativo, mas não um acto normativo com valor legislativo”, não constituindo, por isso, uma manifestação da função legislativa, mas sim um produto da função administrativa. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 909; Ana Raquel Gonçalves Moniz, por sua vez, define regulamento como um “ato normativo, emanado por entidades administrativas, no exercício da função administrativa, com um valor infralegal (força de regulamento)”. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2015, p. 227; por fim, para Mário Aroso de Almeida os regulamentos são “actos jurídicos contendo normas, que são emanadas no exercício da função administrativa”. ALMEIDA, Mário Aroso. *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas Nucleares*, 2012, p. 79.

<sup>125</sup> O novo Código do Procedimento Administrativo vigente em Portugal fornece o seguinte conceito de regulamento administrativo: “Art. 135º Para efeitos do disposto no presente Código, consideram-se regulamentos administrativos as normas jurídicas gerais e abstratas que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos”.

<sup>126</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 57.

<sup>127</sup> ANDRADE, J. C. Vieira. *O Ordenamento...*, cit., 1986, p. 58.



O regulamento administrativo, além de materializar uma peculiar forma de agir da Administração Pública, assume ainda uma importante dimensão: servir “como um instrumento de autoprogramação da Administração Pública (*Selbstprogrammierung der Verwaltung*) e um padrão de conduta vinculador do agir dos cidadãos (*Breitensteurrungsinstrument*)”.<sup>128</sup> Por outras palavras, o regulamento tem o poder de vincular tanto quanto a lei formal<sup>129</sup> a conduta dos destinatários e também as atividades desenvolvidas pelo próprio órgão ou ente que o expediu. Portanto, nos dias atuais o regulamento administrativo apresenta “dupla dimensão: fonte de direito e forma de actuação administrativa”.<sup>130</sup>

Com base nas definições doutrinárias anteriormente referenciadas, torna-se possível, agora, examinar as notas características dessa estrutura conceitual, de modo a atestar se a expedição de regulamentos administrativos revela simples materialização, pela Administração, da atividade que lhe é típica por mandamento constitucional, isto é, o exercício da função administrativa. Nessa perspectiva, a doutrina tem reconhecido como árdua a tarefa de conceituar e ao mesmo tempo delimitar a função administrativa, em especial nos dias atuais, em que o plexo de atividades desempenhadas pela Administração Pública possui natureza dinâmica e heterogênea, por conta de novas e crescentes demandas que surgem no cotidiano dos administrados e até mesmo da própria Administração.

A propósito, deve-se ressaltar que um dos problemas do direito administrativo contemporâneo diz respeito exatamente à fixação ou mesmo delimitação das atividades de competência da Administração Pública, em comparação com aquelas outras estabelecidas pela ordem jurídica como atribuições das demais funções do Estado. Por outras palavras, a atividade administrativa tradicional não mais se compatibiliza com os “novos problemas colocados pela gestão nacional de interesses públicos globais”.<sup>131</sup>

Nessa linha, o estudo acerca do enquadramento jurídico da função administrativa e conseqüentemente sobre a natureza jurídica do regulamento perpassa necessariamente pela análise, ainda que perfunctória, da teoria da separação dos poderes e sua aplicação no direito brasileiro. Sobre o tema, estabelece o art. 2º da Constituição brasileira de 1988, que

---

<sup>128</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudos...*, cit., 2013, p. 10.

<sup>129</sup> OSSENBÜHL, Fritz. *Der verfassungsrechtliche ...*, cit., 1999, pp. 01-07.

<sup>130</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudos...*, cit., 2013, p. 11.

<sup>131</sup> SILVA, Suzana Tavares da. *Um novo Direito Administrativo?* Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p.11.

“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. São previstos, portanto, três Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, os quais cooperam mutuamente ao mesmo tempo que também se limitam uns aos outros<sup>132</sup>. Por meio desses Poderes do Estado foram repartidas as funções estatais e também criados mecanismos de controles recíprocos, de modo a propiciar – na verdade, garantir – a sobrevivência do estado democrático de direito.<sup>133</sup>

Segundo a moderna doutrina de direito constitucional, o princípio da separação de poderes transporta duas dimensões que se complementam: a separação como “divisão”, “controle” e “limite” do poder (dimensão negativa), que corresponderia, em rigor, à ideia de divisão de poderes; e a separação como constitucionalização, ordenação e organização do poder do Estado tendente a decisões funcionalmente eficazes e materialmente justas (dimensão positiva), que consubstanciaria a ideia de separação de poderes.<sup>134135</sup>

Com o fim do modelo liberal de Estado, no início do século passado começaram a surgir novos *padrões* mais intervencionistas que fizeram o Poder Executivo começar a exercer certa preponderância sobre as demais funções estatais, notadamente em detrimento do órgão legislativo, o que acabou por gerar uma crise na teoria da separação de poderes.<sup>136</sup> Esse novo papel de protagonismo do Poder Executivo, bem como a competência administrativa para expedir regulamentos, segundo Bertrand de Jouvenel, se justificam pelo fato de a política econômica e social ser “uma especulação sobre o futuro que reclama uma revisão contínua dos cálculos e um reajustamento consequente das

---

<sup>132</sup> O sistema “checks and balances” é tema estudado pela doutrina constitucionalista há vários séculos, passando por John Locke, Montesquieu, Carl Schmitt, entre outros. A ideia base no sistema de freios e contrapesos reside na necessidade de distribuir e controlar o poder político. Nesse sentido é a doutrina de Karl Loewenstein, que observou que o detentor exclusivo de um poder, seja uma pessoa, um órgão, uma assembleia, um comitê ou um partido, raramente suportará esferas de autonomia estranhas ao seu domínio, pois estas poderiam ser compreendidas como grupos de oposição ao seu exercício autoritário do poder. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª Ed., Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976, p. 383 e ss.

<sup>133</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito...*, cit., 2006, p. 383.

<sup>134</sup> Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 250.

<sup>135</sup> O professor Canotilho ainda acrescenta que “O princípio da divisão como forma e meio de *limite do poder* (divisão de poderes e balanço de poderes) assegura uma *medida jurídica* ao poder do estado e, consequentemente, serve para garantir e proteger a esfera jurídico-subjectiva dos indivíduos e evitar a concentração de poder. O princípio da separação na qualidade de *princípio positivo* assegura uma justa e adequada ordenação das funções do Estado e, consequentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania. Nesta perspectiva, separação ou divisão de poderes significa *responsabilidade* pelo exercício de um poder”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 250.

<sup>136</sup> ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

medidas tomadas”<sup>137</sup> pela Administração; designadamente em razão disso, “essa tarefa exige uma forma de agir mais leve e flexível do que a votação de leis”.<sup>138</sup>

No contexto da separação dos poderes, a Constituição brasileira revela a existência do preceito que se convencionou denominar de *princípio da especialização das funções*, no sentido de sinalizar que a “cada órgão corresponde uma função principal, finalística”<sup>139</sup>, ou seja, cada um dos três poderes exerce de forma preponderante uma função, mas não de forma estanque, exclusiva. As duas primeiras funções do Estado são mais facilmente identificáveis (legislativa e jurisdicional), já que a primeira se prenuncia como responsável pela criação de normas gerais e abstratas, e por isso tida por parte considerável da doutrina tradicional como função mais importante do Estado<sup>140</sup>, enquanto a segunda seria materializada na composição de conflitos privados, com a aplicação dessas normas aos casos da vida.

A função administrativa do Estado, a partir de uma definição genérica fundamentada na teoria da separação dos poderes desenhada por Locke e Montesquieu, seria a execução material da norma abstratamente prevista e estabelecida pelo Legislativo. Tal execução, transportada para os dias atuais, é identificada por Ana Raquel Gonçalves Moniz a partir de três momentos distintos: “o momento político-administrativo, o momento da emissão normativa (*Rechtsetzung*) e o momento da decisão administrativa (*Rechtsanwendung*).”<sup>141</sup> Estão aqui envolvidas, ensina a professora, “a definição das políticas a implementar pela Administração (correspondendo a autênticas decisões de governo), a emissão de normas jurídicas administrativas e a decisão de casos concretos”.<sup>142</sup>

Como se pode inferir, a ideia de conceber o Poder Legislativo “como o único poder normativo jurídico e o poder regulamentar como uma simples consequência do funcionamento do poder executivo, ao qual se encontrava vedada qualquer dimensão criadora do direito”<sup>143</sup> há muito se encontra ultrapassada. Deveras, conquanto o

---

<sup>137</sup> JOUVENEL, Bertrand de. *Sur L'Evolution des Formes de Gouvernement*, Paris: Librairie Hachette, 1972, p. 77.

<sup>138</sup> JOUVENEL, Bertrand de. *Sur L'Evolution...*, cit., 1972, p. 77.

<sup>139</sup> Conforme BRITO, Carlos Ayres. *Separação dos Poderes na Constituição brasileira*. Revista de Direito Público, nº 59/60, jul./dez., 1981, p. 121.

<sup>140</sup> Conforme BERTHÉLEMY, Henry. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 2ª Ed. Paris: Rousseau, 1902. p. 15.

<sup>141</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2012, p. 23.

<sup>142</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2012, p. 23.

<sup>143</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudos...*, cit., 2013, p. 16.

regulamento administrativo seja comumente mencionado pela doutrina como uma fonte secundária e de “alcance subordinado”<sup>144</sup>, concluir, nos dias atuais, pela sua impossibilidade de inovar a ordem jurídica seria o mesmo que virar as costas para realidade, pois mesmo nos regulamentos executivos em que o conteúdo inovador normalmente é bastante reduzido, este, em menor ou maior proporção, quase sempre afigura-se presente.<sup>145146</sup>

A função administrativa atual, pode-se dizer, é muito mais densa do que aquela definida tradicionalmente; além disso, exige-se hodiernamente que a função administrativa seja exercida com dinamismo compatível com as novas demandas reclamadas pelos administrados deste começo de século. Bem por isso, o atual feixe de atribuições da Administração Pública acaba por revelar um protagonismo que no passado pertencia aos demais poderes, principalmente ao Legislativo. Em consequência, reconhece-se hoje o poder regulamentar como sendo o instrumental adequado a permitir o regular exercício da função administrativa do Estado, por seu dinamismo e facilidade de adaptação aos casos da vida. Esse novo protagonismo reconhecido em razão do desempenho de tarefas cada vez mais complexas e exigentes faz com que os regulamentos administrativos alcancem, como já afirmado, um grau de inovação jurídica cada vez mais significativo, revelando a “ultrapassagem de um entendimento da função administrativa como estritamente executiva (no sentido mais diminuído de aplicação) da lei”.<sup>147</sup>

---

<sup>144</sup> OSSENBÜHL, Fritz. *Gesetz...*, cit., pp. 305-320.

<sup>145</sup> Acerca do caráter inovador do regulamento administrativo, Ana Raquel Gonçalves Moniz acentua que: “(...) o facto de o regulamento conter normas inovadoras não lhe retira a natureza regulamentar, nem o faz padecer, por esse motivo, de uma ilegalidade. Ultrapassada a concepção segundo a qual apenas a lei criaria direito, e compreendendo o elenco das fontes de Direito Administrativo também o regulamento, não se pode negar a este último a possibilidade de inovar na ordem jurídica. (...) Assumindo-se como um instrumento normativo de disciplina das relações jurídicas (e, por conseguinte, consistindo numa fonte de direito), o regulamento possui sempre um grau de inovação, o qual pode, contudo, variar consoante a relação (de maior ou menor proximidade) com a lei. No mínimo, caberá ao regulamento esclarecer pormenores cuja disciplina não coube ao legislador desenvolver, podendo igualmente dedicar-se à densificação de regimes. Destarte, o grau de inovação será mínimo nos regulamentos executivos e máximo nos regulamentos independentes”. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudos...*, cit., 2013, pp. 28/29.

<sup>146</sup> Também nessa linha se manifesta Binenbojm, para quem “a noção de que o regulamento não pode inovar no ordenamento jurídico deve ser tomada com cautela, por duas ordens de razões: em primeiro lugar, o direito positivo brasileiro acolhe os regulamentos autônomos, que podem inovar amplamente na sua esfera de matérias constitucionalmente estabelecidas (...); em segundo lugar, mesmo os regulamentos de execução inovam de certa maneira no direito; do contrário seriam despididos”. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria...*, cit., 2008, p. 157-158.

<sup>147</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O Administrative Constitutionalism: resgatar a Constituição para a Administração Pública*, in estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Volume IV. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 387-420.

Nas palavras de Gordillo, a função administrativa pode ser definida como toda atividade realizada pelos órgãos administrativos e também a atividade executada pelos órgãos legislativos e judiciais, excluídas suas funções típicas. Portanto, pode haver regulamentos expedidos por órgãos administrativos e também, em seus respectivos campos de atuação, por órgãos legislativos e judiciais, sendo que nesses casos os regulamentos se referirão exclusivamente ao funcionamento e organização interna dos mencionados poderes.<sup>148</sup>

No Brasil não há uma definição legal da função administrativa do Estado, cabendo tal tarefa apenas à doutrina e à jurisprudência. Em Portugal, o art. 1º, n. 2, do Anexo do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas, aprovado pela Lei nº 67/2007, traz a seguinte disposição geral sobre a função administrativa: “Para efeitos do disposto no número anterior, correspondem ao exercício da função administrativa as acções e omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo”.

Comentando a norma portuguesa, Cadilha se posiciona no sentido de que “o exercício de prerrogativas de poder público e a sujeição a um regime de direito administrativo são dois dos indicadores através dos quais é possível caracterizar a atividade administrativa”, esclarecendo, em seguida, que tal atividade não envolve apenas uma função jurídica, mas também uma atividade material ou técnica, destinada a assegurar a produção de bens e a prestação de serviços para satisfação das necessidades coletivas, em que a Administração igualmente age numa posição de supremacia em relação aos particulares.<sup>149</sup>

A função administrativa, já é sabido, não se constitui em monopólio do Poder Executivo, podendo, pois, ser exercida por órgãos e entidades dos três poderes do Estado. Aliás, nos dias atuais sequer é monopólio do Estado, já que tem se admitido que entidades privadas exerçam função administrativa, mediante delegação estatal. É certo que os Poderes Legislativo e Judiciário apenas a exercem de forma atípica enquanto o Executivo atua preponderantemente no seu exercício, ao utilizar as prerrogativas de poder público (tal como o poder regulamentar) para a satisfação do interesse coletivo. Além disso, pode-se

---

<sup>148</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado...*, cit., 2004, pp. 204-205.

<sup>149</sup> CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas – Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 30.

afirmar que quando o Estado executa qualquer tarefa sob a égide do direito público, ou seja, com base em regras e princípios estranhos às relações privadas, forçoso reconhecer que tal tarefa se enquadra no conceito de função administrativa, a menos que, como já dito, seja uma atividade típica dos outros poderes.<sup>150</sup>

Diferentemente da função administrativa, que, via de regra, se caracteriza pela execução de atos concretos com vistas a alcançar o interesse da coletividade, é a função política (ou de governo), que tem por finalidade fixar “as diretrizes do Estado a serem executadas pela Administração Pública”<sup>151152</sup>. Por outros termos, a função administrativa é a ferramenta de que dispõe o Estado para tornar possível a efetivação das diretrizes traçadas pela função política.

Em alguns momentos, todavia, não é fácil fazer a distinção material entre as funções administrativa e política, devido à complexidade de tarefas atualmente desempenhadas pelo Estado. Nesse contexto, importante a lição de Vieira de Andrade, para quem “A dificuldade da distinção reside em especial na circunstância de as duas funções (política e administrativa) se situarem, nuclearmente, no âmbito da actividade do tradicional Poder Executivo (...), tratando-se em ambos os casos, tipicamente, de *actuações de carácter concreto*”.<sup>153</sup>

Se não é fácil diferenciar as funções administrativa e política, também não menos intrincada é a tarefa de distinguir com segurança os campos de atuação de cada uma delas. Nessa situação, o *sujeito* não distingue sempre, tendo em vista que o Executivo também exerce a função legislativa; por outro lado, o *carácter geral e abstrato* também não é nota decisiva, pois o Parlamento e o Governo aprovam leis individuais e com carácter concreto; igualmente, a *hierarquia normativa* não é inequívoca, pois também existem leis reforçadas relativamente a outras leis ou diplomas de nível legislativo; a *substância legislativa* altera-se, amplia-se e deixa de ter como único objeto a esfera jurídica dos cidadãos; por fim, o âmbito material não distingue em ambos os sentidos: não existe uma reserva de

---

<sup>150</sup> Conforme lição de SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 39.

<sup>151</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 81.

<sup>152</sup> A função política, segundo o entendimento do STA, “corresponde à prática de actos que exprimem *opções fundamentais* sobre a definição e prossecução dos interesses ou fins essenciais da colectividade” (conforme Acórdão do STA de 06.03.2007, p. 1143/06).

<sup>153</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições...*, cit., 2015, p. 31.

regulamento administrativo, admitindo-se que a lei regule em termos gerais e abstratos a totalidade dos aspectos, mesmo os pormenores, de qualquer matéria.<sup>154</sup><sup>155</sup>

A função legislativa, desempenhada tradicionalmente pelo Poder Legislativo, também é exercida, de forma atípica, pela Administração Pública. No Brasil, aliás, pode-se afirmar que a produção normativa do Poder Executivo (através da edição de medidas provisórias com força de lei<sup>156</sup>) é quase tão intensa e significativa – beirando mesmo ao abuso – quanto a realizada pelo Poder Legislativo, situação que revela verdadeira anomalia institucional.

Especificamente no que concerne a emissão de regulamentos administrativos, Marcelo Rebelo de Sousa defende que tal providência, desde que *legalmente conforme*, não constitui exercício administrativo da função legislativa, uma vez que os regulamentos são, na verdade, puros atos da função administrativa e não configuram, portanto, legislação material.<sup>157</sup> A função legislativa, vale dizer, caracteriza-se pela generalidade, abstração e, para além disso, pela “imedição constitucional, pela primazia normativa e pela essencialidade”.<sup>158</sup>

Ainda sobre as distinções entre as funções legislativa e executiva, a doutrina espanhola também faz referência à teoria da essencialidade, antes referenciada, cujo objeto fundamental é a delimitação das competências do Poder Legislativo e, por exclusão, das matérias que podem ser regulamentadas pelo Executivo, embora reconheça que alguns dos

---

<sup>154</sup> Conforme lição de ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições...*, cit., 2015, p. 33.

<sup>155</sup> Acerca do tema, o Prof. Vieira de Andrade apresenta a seguinte conclusão: “Nesse contexto, as características da generalidade e abstração são apenas *típicas* (não são exclusivas) da função legislativa, e o carácter concreto é (se tanto) típico da função administrativa, de modo que não são suficientes para assegurar a respectiva diferenciação. Torna-se, por isso, necessário complementar esse critério por ideias de *primariedade* da função legislativa, designadamente a *essencialidade* (importância fundamental do conteúdo) e a *novidade* (cabe à lei estabelecer as bases gerais dos regimes jurídicos, não anteriormente regulados). Estas ideias de essencialidade e novidade são indispensáveis: seja para diferenciar o que é *lei* em sentido material e não pode ser matéria de *regulamento*; seja para identificar as *leis-medida* (medidas concretas de nível legislativo, que contêm implicitamente o critério de decisão, pertencendo à função legislativa), distinguindo-as de *actos administrativos sob forma legislativa* (actos individuais e concretos de aplicação de leis anteriores, embora contidos em diplomas legais, que pertencem à função administrativa).” ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições...*, cit., 2015, p. 34.

<sup>156</sup> CF/88, Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

<sup>157</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito...*, cit., 2006. p. 137.

<sup>158</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2012, p. 23.

critérios utilizados pela referida teoria sejam vagos e não forneçam a segurança necessária para afirmar de forma peremptória quais são as matérias reservadas à lei.<sup>159</sup>

Com base no roteiro antes desenhado, já é possível firmar algumas premissas em relação à função administrativa do Estado: 1) não só os atos concretos mas também, por exceção, os gerais e abstratos, devem compor o conceito de função administrativa; 2) a Administração Pública, ao atuar com base nas prerrogativas legais e constitucionais que lhe são conferidas visando à consecução do interesse coletivo, exerce atividade administrativa; 3) uma das prerrogativas legais e constitucionais inerentes à Administração Pública é o poder regulamentar, cujo exercício é necessário para levar a cabo as tarefas administrativas impostas pela norma jurídica; 4) por meio do poder regulamentar, a Administração Pública emite atos normativos com vistas à execução, à complementação e ainda à dinamização da ordem jurídica, visando, em qualquer destas hipóteses, o alcance do interesse público.

A partir dessas proposições é possível definir a função administrativa como a atividade desempenhada preponderantemente pelos órgãos e entidades da Administração Pública, ou ainda por entidades privadas que lhes façam as vezes, de natureza concreta ou abstrata, exercida a título individual ou geral, submetida ao regime de direito público e no interesse da coletividade.

A doutrina tem sustentado que a expedição de regulamento administrativo por parte da Administração Pública materializa inequívoco exercício da função administrativa, que, como visto, é atividade típica e preponderante do Poder Executivo, mas que, como já sustentado, pode ser e comumente é exercida também pelos Poderes Legislativo e Judiciário, por órgãos independentes como o Ministério Público e o Tribunal de Contas<sup>160</sup> e até mesmo por entidades privadas, quando para tanto autorizadas.

Pode-se afirmar, pois, que a edição de regulamentos administrativos é atividade rotineira e necessária à execução das tarefas impostas legal e constitucionalmente à Administração Pública, razão pela qual não há como desvincular o ato de expedição dessas normas do exercício da função administrativa, porquanto indissociáveis. Por outras palavras, a função administrativa consiste no dever imposto à Administração Pública ou a

---

<sup>159</sup> GARCÍA MACHO, Ricardo. *Reserva...*, cit., 1988, p.79.

<sup>160</sup> No Brasil, o Ministério Público e os Tribunais de Contas são órgãos independentes que não integram a estrutura orgânica dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário.



quem lhe faça as vezes de dar cumprimento às normas de caráter primário visando a prossecução do interesse público. Para exercer tal função, a Administração se vale de vários mecanismos, dentre eles os atos de natureza geral abstrata, denominados regulamentos administrativos, que, vale dizer, constituem *uma parte essencial da atividade jurídica da Administração*<sup>161</sup>, ou, noutros termos, materializam um novo caminho para interpretar e desenvolver a ordem jurídica de forma flexível, dinâmica e sobretudo simplificada.<sup>162</sup>

Por fim, embora algumas definições doutrinárias façam referência à natureza residual da função administrativa como sendo sua principal característica, é certo que tal pensamento deve ser desde logo afastado, tendo em vista que a função administrativa, nos dias atuais, não pode ser relegada a segundo plano, como sendo algo que *sobra*, pois a realidade sinaliza precisamente o contrário, ou seja, que a atividade administrativa é a *principal função do Estado na sociedade política organizada*.<sup>163</sup>

Nessa perspectiva, a intolerância histórica em relação aos atos de conteúdo normativo oriundos do Poder Executivo, fundada talvez no apego exacerbado à lei formal, embora ainda presente na maioria dos sistemas jurídicos, inclusive – e principalmente – no Brasil, parece contrastar com a realidade vivenciada pela Administração Pública na atualidade, que, para cumprir as inúmeras e heterogêneas tarefas que lhe são incumbidas pelo ordenamento, necessita cotidianamente expedir regulamentos administrativos de feitura mais célere e dotados de tecnicidade mais exigente, tornando assim possível acompanhar tempestivamente as novas demandas da sociedade.

Nessa ordem de ideias, a tese da deslegalização, que admite a possibilidade de o Poder Legislativo delegar parte de atribuições a entidades de natureza administrativa, parece estar mais alinhada à realidade administrativa atual, mais dinâmica e complexa. De fato, se o Poder Legislativo é titular – não exclusivo, diga-se! – da prerrogativa de inovar a ordem jurídica, criando direito novo, pode naturalmente exercê-la, ou, se assim entender conveniente, dela dispor em favor dos órgãos e entidades que exercem o poder regulamentar.<sup>164</sup>

---

<sup>161</sup> LAUBADÈRE, André de. *Manuel de Droit Administratif*. Onzième Édition, Paris: LGDJ, 1978, 202.

<sup>162</sup> Conforme OSSENBUHL, Fritz. *Gesetz...*, cit., pp. 305-320.

<sup>163</sup> WOLF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBBER, Rolf. *Direito Administrativo*. Vol. I, trad. António Francisco de Souza, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2006, p. 39.

<sup>164</sup> RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, pp. 71-76.

Embora a doutrina brasileira, em sua maioria, afaste a tese da deslegalização, inferindo-a como inconstitucional, tal teoria, que será detalhada adiante, não pretende esvaziar as atribuições do Poder Legislativo, mas apenas adequá-las ao momento histórico atual, que exige uma resposta normativa mais dinâmica e técnica. A deslegalização, vale dizer, não se consubstancia num fenômeno deliberadamente arquitetado, mas, diferentemente, de “verdadeira imposição da modernidade”<sup>165</sup>, por possibilitar uma necessária “ampliação do poder regulamentar”<sup>166</sup>, em consonância com o protagonismo ostentado pela função administrativa na atualidade.

A deslegalização, portanto, não tem por objetivo a mudança subjetiva dos poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa distinta, por meio da qual o Poder Legislativo transfere a uma outra sede legislativa a expedição de regulamentos<sup>167</sup>, a partir dos limites fixados pelo próprio titular do poder. Nesse sentido, importante a doutrina norte-americana da *delegation with standards*<sup>168</sup>, já mencionada neste estudo, segundo a qual o Poder Legislativo deve fixar os parâmetros a serem observados na edição de regulamentos administrativos, sendo incabível, obviamente, “uma deslegalização geral de toda a reserva de legalidade”<sup>169</sup>, sob pena do completo esvaziamento do Poder legislativo em contraposição a um empoderamento anormal e ilegítimo do Poder Executivo.

#### **1.4.1. Distinções entre lei e regulamento administrativo**

A complexidade inerente à função administrativa exige da Administração Pública a execução de inúmeras tarefas definidas no ordenamento jurídico, que normalmente são executadas por meio de atos administrativos, regulamentos e também contratos administrativos. Há, entretanto, clara distinção entre essas três importantes formas de manifestação da Administração Pública, embora todas elas estejam compreendidas da definição de *função administrativa do Estado*. Além disso, há distinção entre lei e

---

<sup>165</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *A deslegalização no poder normativo das agências reguladoras*. In Interesse Público. Revista Bimestral de Direito Público. Ano 7. Nº 35, Porto Alegre: Notadez Informação, janeiro/fevereiro 2006, pp. 49-60.

<sup>166</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso...*, cit., 2011, p. 287.

<sup>167</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord). *O poder...*, cit., 2005, pp. 422-423.

<sup>168</sup> DELEO, John D. Jr. *Administrative...*, cit., p. 16.

<sup>169</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *A deslegalização...*, cit., 2006, pp. 49-60.

regulamento administrativo, não obstante o caráter normativo de ambos. Nesta parte serão examinadas as distinções entre lei e regulamento e, na sequência, em tópico próprio, as diferenças entre ato administrativo e regulamento, e ainda entre contrato administrativo e regulamento.

Pois bem, sabe-se que tanto as leis quanto os regulamentos são fontes do direito administrativo, porquanto materializam normas jurídicas<sup>170</sup> que vinculam Administração e administrados. Cada qual em sua esfera de comando, lei e regulamento são normas jurídicas que coexistem e que formam as “colunas mestras”<sup>171</sup> do ordenamento jurídico de um Estado. No entanto, o regulamento, enquanto produto da Administração Pública constitui uma realidade jurídica qualitativamente distinta da lei, ao tempo que como norma também responde no ordenamento jurídico a um regime diferenciado de outras formas de atuação administrativa.<sup>172</sup>

Em abordagem anterior sobre a separação de poderes, registrou-se que a divisão de poderes, segundo Canotilho, apresenta duas dimensões complementares: a negativa e a positiva. A separação de poderes e funções em sua dimensão *negativa* está associada à ideia de divisão de poderes que, por sua vez, acentua a acepção de “divisão”, “controle” e “limite” do poder, assegurando uma medida jurídica ao Poder do estado e, conseqüentemente, servindo para garantir e proteger a esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos e evitar a concentração de poder.<sup>173</sup> Em sua dimensão negativa, portanto, a divisão de poderes e funções possibilita a individualização das diversas funções do Estado. Não obstante, essas funções materiais (de legislar, executar e julgar, por exemplo), são conceitos *tipológicos* e não conceitos *definitórios*.<sup>174</sup> Por obedecerem a um critério

---

<sup>170</sup> Para Tércio Sampaio Ferraz Jr, “normas jurídicas são discursos heterológicos, decisórios, estruturalmente ambíguos, que instauram uma meta-complementariedade entre orador e ouvinte e que, tendo por *quaestio* um conflito decisório, o solucionam na medida em que lhe põem um fim”. FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 141.

<sup>171</sup> OSSENBÜHL, Fritz. *Gesetz...*, cit., pp. 305-320.

<sup>172</sup> GONZÁLEZ SALINAS, Jesús. *Notas sobre alguns de los puntos de referencia entre ley, reglamento y acto administrativo*. In Revista de Administracion Publica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 159.

<sup>173</sup> Conforme lição de CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 250.

<sup>174</sup> Assinale-se que a doutrina tradicional de Barbosa de Melo não cuida especificamente sobre a distinção entre lei e regulamento; o autor reflete genericamente sobre as distinções entre as diversas funções do Estado, analisando de forma aprofundada as distinções entre as funções legislativa e judicial. Nesse contexto, Barbosa de Melo conclui que a *lei* e os *assentos* apresentam diferenças em relação à liberdade constitutiva; à inovação e ainda sobre a omnivalência ou plurifuncionalidade; por fim, menciona a característica da autoreversibilidade, presente apenas na função legislativa. BARBOSA DE MELO. *Sobre o problema da competência para assentar*, polic., Coimbra, 1988, pp. 20-49.

tipológico, a pertinência de uma atividade a uma determinada função do Estado necessita da verificação não de todas, mas apenas de algumas das suas notas características, designadamente aquelas que correspondem ao núcleo essencial da função em causa.<sup>175</sup>

A lei legitima a forma de agir da Administração Pública e define a posição jurídica do cidadão no Estado, valendo por isso como um elemento constitutivo central da estrutura democrático-constitucional de um Estado; é, em última análise, a vontade do povo exteriorizada pela “boca do Parlamento”. Já o regulamento, conquanto também materialize uma norma jurídica, é reconhecido por parte da doutrina como algo *antinatural* e, sob alguns aspectos *até mesmo perigoso*<sup>176</sup>, muito embora absolutamente inevitável na quadra atual.

Apesar de a lei pretender assumir uma natureza heterovinculativa relativamente à atuação da Administração Pública, o certo é que deixa aos próprios órgãos administrativos a definição do sentido e mesmo do alcance de suas normas, além da concretização dos equilíbrios de ponderação entre princípios e bens tutelados que não se encontram resolvidos e até mesmo a identificação da própria norma a aplicar: a determinação concreta da “natureza heterovinculativa da lei acaba, afinal, por repousar nas mãos da Administração Pública, gozando esta de um considerável espaço de criação de Direito, isto sempre sem prejuízo da possibilidade de uma posterior intervenção dos tribunais”.<sup>177</sup>

Na doutrina jurídica do Século XIX a lei encontrou seu auge, por expressar as diretrizes duradouras e a representação de valores da comunidade enquanto normas jurídicas elaboradas pelos representantes do povo. Conquanto no passado a lei tenha sido alçada à condição de mecanismo concretizador dos valores da comunidade, o certo é que a realidade tem retirado da norma legal tal protagonismo. E isso ocorreu não porque se perdeu o respeito à lei, mas porque as necessidades e os objetos da regulamentação administrativa se alteraram. Nessa linha, o papel das leis concebido no Século XIX foi alterado pelo indescritível aumento de tarefas do Estado industrial moderno e por meio da crua realidade do Estado social crescente e multifacetado.<sup>178</sup>

---

<sup>175</sup> Conforme MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2015, p. 28.

<sup>176</sup> OSSENBÜHL, Fritz. *Gesetz...*, cit., pp. 305-320.

<sup>177</sup> Conforme a doutrina de OTERO, Paulo. *Legalidade...*, cit., 2007, p. 762.

<sup>178</sup> Após mencionar o protagonismo dos regulamentos administrativos no século XX, o Professor Fritz Ossenbühl relata que “o tempo das grandes codificações está acabado”, para em seguida apresentar uma reflexão sobre a nova e importante função da lei: “ser uma norma dominante enquanto instrumento de controle do regulamento”. OSSENBÜHL, Fritz. *Gesetz...*, cit., pp. 305-320.

Consoante lição sempre atual de Guido e Potenza, a lei formal é norma primária criada a partir da deliberação do Poder Legislativo, que possui como fonte direta a própria Constituição; o regulamento, a seu turno, é forma de agir própria e inerente ao Poder Executivo, não obstante do ponto de vista material possua a mesma carga de normatividade presente na lei.<sup>179</sup> Mas lei e regulamento não se diferenciam apenas pelo aspecto formal; há uma diferença substancial entre eles, que se sustenta em razões político-institucionais e jurídicas. A lei é a expressão da vontade soberana do povo, o regulamento, para alguns, é mera expressão do poder regulamentar da Administração.<sup>180181</sup>

Embora as distinções entre lei e regulamento não se baseiem em critérios absolutos, a doutrina costuma apresentar alguns traços distintivos, que quase sempre são inconclusivos para visualizar com segurança as particularidades desses dois atos normativos. Diogo Freitas do Amaral menciona que o primeiro critério se “assenta na diferença entre princípios e pormenores”<sup>182</sup>, hipótese em que caberia à lei tratar dos princípios enquanto o regulamento seria utilizado para disciplinar os pormenores.

Percebe-se sem esforço que esse critério é insuficiente para distinguir as duas espécies normativas, sobretudo pelo fato de a lei possuir a prerrogativa de tratar sobre princípios e também sobre regras instrumentais ou de menor relevância legislativa. Nessa linha, “nada impede que haja pormenores numa lei e princípios num regulamento”.<sup>183</sup> Aliás, pelo menos no Brasil não é raro que um regulamento, além de fazer menção aos pormenores necessários a aplicação de uma lei, também enuncie princípios para a solução de casos eventualmente não discriminados nas regras regulamentares.

O segundo critério diferenciador normalmente apresentado se funda na *novidade*, que é característica própria da lei, mas, via de regra, não existe com a mesma profusão no regulamento. Também este segundo critério não é suficiente, pois, conforme já mencionado, atualmente a novidade não mais é reconhecida como característica exclusiva da lei formal, em especial – mas não apenas – quando se leva em consideração a existência dos regulamentos independentes. Deveras, a principal dificuldade em relação ao critério da

---

<sup>179</sup> LANDI, Guido e POTENZA, Giuseppe. *Manuale...*, cit., 1978, p. 38.

<sup>180</sup> Conforme apontamentos de DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998, p. 309.

<sup>181</sup> Também, no mesmo sentido: OSSENBÜHL, Fritz. *Gesetz...*, cit., pp. 305-320.

<sup>182</sup> AMARAL, Diogo Freitas. *Curso...*, cit., 2009, p. 167.

<sup>183</sup> AMARAL, Diogo Freitas. *Curso...*, cit., 2009, p. 167.

novidade reside nos regulamentos independentes, tendo em vista que estes não se limitam a regulamentar uma norma primária, mas, tanto quanto a lei, inovam no plano jurídico. No entanto, deve-se esclarecer que mesmo nos regulamentos de execução apresentam comumente algum grau de inovação normativa, como bem acentua a doutrina de Ana Raquel Gonçalves Moniz.<sup>184</sup>

Com efeito, parte considerável da doutrina moderna sustenta com propriedade o argumento segundo o qual o regulamento, por se caracterizar como norma jurídica, “possui sempre um grau de inovação, que será mínimo nos regulamentos executivos e máximo nos regulamentos independentes”<sup>185</sup>, devendo, pois, ser tomada com bastante *cautela* a noção de que os regulamentos seriam desprovidos de natureza inovatória, pois “se assim fossem seriam despiciendos”.<sup>186</sup>

Sob o argumento de que a lei não precisa – e muitas vezes nem pode – preordenar exaustivamente toda a ação administrativa, sendo suficiente a ela fixar os parâmetros básicos que a Administração Pública deve observar ao exercer os poderes de autoridade, Alexandre Santos de Aragão, em lúcida lição, argumenta que “em casos bem extremos, não pode ser descartada a possibilidade de a Administração Pública atuar, inclusive restringindo direitos e criando obrigações, direta e exclusivamente por força da necessidade de preservar valores e princípios constitucionais”.<sup>187</sup> Portanto, o conteúdo inovador também não é suficiente, nos dias atuais, para distinguir com segurança lei e regulamento.

O terceiro critério e também o mais seguro para distinguir lei e regulamento é o que a doutrina denomina de *formal* ou *orgânico*, pois tanto a lei quanto o regulamento apresentam idêntica substância, que é a materialização e exteriorização de normas gerais e abstratas. A distinção diz respeito apenas aos órgãos que possuem competência para edição

---

<sup>184</sup> Sobre a possibilidade dos regulamentos inovarem a ordem jurídica, merece transcrição a rica lição da Professora Ana Raquel Gonçalves Moniz: “Embora o grau de inovação introduzido na ordem jurídica varie consoante a relação que têm com a lei, assumindo uma feição significativamente mais ampla, v. g., nos regulamentos independentes (que contêm disciplina inicial sobre certa matéria) que nos regulamentos executivos, a verdade é que, estabelecendo uma regulação jurídica num domínio onde esta não existia ou revestia contornos diversos, os regulamentos são produto de um processo de criação do direito: não se limitam a aplicar normas jurídicas, mas criam-nas”. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A titularidade...*, cit., 2004, pp. 483-562

<sup>185</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudos...*, cit., 2013, pp. 28-29.

<sup>186</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria...*, cit., 2008, p. 157-158.

<sup>187</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso...*, cit., 2012, p. 62.

de um e de outro, e também a posição hierárquica de cada uma dessas normas na ordem jurídica, linha esta que é traçada na própria Constituição.

Embora nebulosa a matéria, no Brasil a distinção material entre lei e regulamento se apresenta de forma um pouco mais nítida do que em países como a França, em que as normas emanadas do poder regulamentar podem tratar de praticamente todos os assuntos. Com efeito, o sistema jurídico francês consagrou na Constituição de 1958 os regulamentos autônomos ou independentes, relacionando, por um lado – e de forma exaustiva, as matérias reservadas à lei formal (art. 34) e, de outro, estabelecendo que as demais matérias serão normatizadas por meio desses regulamentos (art. 36). Portanto, os temas que podem ser normatizados por meio de regulamentos são conhecidos de maneira residual, ou seja, por exclusão. No sistema jurídico brasileiro ocorre o inverso, isto é, a expedição de regulamentos somente é possível em determinadas hipóteses, restringidas formal e materialmente. Explica-se: conforme anteriormente mencionado, todas as normas que retiram sua força diretamente da Constituição, em especial aquelas emanadas do Poder Legislativo, encontram previsão expressa no art. 59 da Carta de 1988<sup>188</sup>, sendo por isso nomeadas normas *primárias*, cujo papel de destaque é a ampla possibilidade de inovação da ordem jurídica.<sup>189</sup> Por isso, em regra a lei precede o regulamento de execução.<sup>190</sup>

Nesse contexto, se as normas ditas primárias são aquelas que, em regra, estão autorizadas a criarem direito novo, por refletirem a representatividade popular inerente ao Parlamento, o regulamento – à exceção do independente – revela-se subjacente à lei, além

---

<sup>188</sup> Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

<sup>189</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso...*, cit., 2011, pp. 425-426.

<sup>190</sup> Nem sempre o decreto precederá a Lei, pois não podemos esquecer que, no Brasil, existe a figura do regulamento independente, nomeado pelo Texto Constitucional de decreto autônomo, previsto no art. 84, VI, da Constituição, que prevê que “Compete privativamente ao Presidente da República: (...)

VI – dispor, mediante decreto, sobre:

- a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
- b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

de guardar estrita vinculação àquela no que diz respeito às matérias a serem tratadas. Bem por isso, o regulamento não pode contrariar a lei nem ir além daquilo que ela permite.<sup>191</sup>

Nessa perspectiva, mesmo incluindo os regulamentos independentes, que, repita-se, somente podem ser expedidos visando a “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos e também para a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”, fácil constatar que a *novidade*<sup>192</sup> normativa possível no direito brasileiro é reduzida quando comparada a outros países, como França e EUA, seja porque os regulamentos de execução retiram sua força e validade de leis preexistentes, que ditam os limites do regulamento, seja porque os regulamentos independentes somente podem tratar das matérias balizadas pelo art. 84, VI, da Constituição, antes transcrito. O espectro de atuação e conseqüentemente de inovação na ordem jurídica brasileira por parte do poder legiferante, como se pode notar, é muito mais abrangente, quando comparado ao poder regulamentar.

É possível afirmar, portanto, que a criatividade inovadora que emana do poder regulamentar, no Brasil, é restringida (ou a determinado assunto, no caso de regulamento independente, ou aos limites franqueados pela lei anterior, no caso de regulamento de execução), ao passo que o Poder Legislativo atua sem limites materiais<sup>193</sup>, respeitados apenas eventuais freios de índole constitucional. É possível visualizar, assim, duas distinções entre lei e regulamento no Brasil, embora nenhuma delas seja de natureza peremptória, definitiva. A primeira se situa no plano da hierarquia das normas, haja vista a precedência da lei e sua supremacia normativa em relação aos regulamentos que a sucedem; a outra diz respeito à maior ou menor amplitude de matérias confiadas às duas fontes normativas.

Além das distinções de ordem material já examinadas neste Capítulo, sobretudo as constatadas no sistema jurídico brasileiro, não se pode deixar de mencionar a distinção formal entre lei e regulamento. Nesse Prisma, conforme lição de Amaral, pode-se dizer que

---

<sup>191</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, cit., 2006, p. 181.

<sup>192</sup> A *novidade* é mencionada por Marcello Caetano como a principal forma de distinção entre a lei (que a possui) e o regulamento. CAETANO, Marcello. *Manual...*, cit., 2005, p. 97.

<sup>193</sup> Segundo lição de Rogério Soares, “Das três funções do Estado a única livre é a de legislar. Só o legislador goza, dentro do ordenamento jurídico, duma desvinculação absoluta. Os únicos limites que se lhe põem não têm natureza jurídica”. SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse...*, cit., 1955, p. 100.



lei é todo ato que assuma tal forma e provenha de um órgão de competência legislativa; já o regulamento, ainda que tenha caráter inovador, toma corpo através de uma competência regulamentar<sup>194</sup>, exercida por aqueles que possuem poder de autoridade.

Por fim, se é certo que lei e regulamento apresentam mais pontos em comum do que distinções, não é menos certo afirmar que a flexibilidade dos regulamentos administrativos, aliada à vantagem da legitimação democrática do Parlamento podem estar unidas entre si, evidenciando, bem por isso, que a co-atuação normativa (Poder Legislativo/poder regulamentar) pode representar o melhor cenário na atualidade: a lei vista majoritariamente como instrumento de controle e o regulamento como instrumento de concretização da vontade política.<sup>195</sup>

Caracterizadas as distinções formais e materiais entre lei e regulamento, ambos atos normativos de caráter geral e abstrato, passa-se, no tópico seguinte, à análise dos traços distintivos entre o regulamento administrativo e outras formas de manifestação da função administrativa, como atos e contratos administrativos.

#### **1.4.2. Distinções entre regulamento e outras formas de agir da Administração Pública**

De acordo com o art. 148º do novo Código de Procedimento Administrativo vigente em Portugal, “consideram-se actos administrativos as decisões que, no exercício de poderes jurídico-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta”. A professora Ana Raquel Gonçalves Moniz, inspirada nas lições de Rogério Soares e Vieira de Andrade, a par da definição legal, traça um paralelo com o disposto no art. 148º do CPA e nos fornece a seguinte definição: “Qualifica-se como ato administrativo toda a declaração de autoridade emitida por um órgão administrativo no uso de poderes de Direito Administrativo, para regular um caso concreto e individual, no âmbito de uma relação jurídica externa, dotada de efeitos jurídicos, positivos ou negativos”.<sup>196197</sup>

---

<sup>194</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso...*, cit., 2001, p. 169.

<sup>195</sup> Conforme a doutrina de OSSENBUHL, Fritz. *Gesetz...*, cit., pp. 305-320.

<sup>196</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2015, p. 297.

<sup>197</sup> Para Rogério Soares, o ato administrativo é uma “estatuição autoritária, relativa a um caso individual, pela qual se produzem efeitos jurídicos externos, positivos ou negativos”. SOARES, Rogério. *Direito Administrativo – Lições da Universidade de Coimbra*. Coimbra, 1978, p. 71; Marcello Caetano, por sua vez,

No Brasil, conforme já noticiado, ainda não existe um Código Administrativo, razão pela qual o direito administrativo interno se orienta a partir de normas emanadas da Constituição de 1988 e de inúmeras leis esparsas, cada qual versando sobre temas específicos, além, claro, de incontáveis regulamentos administrativos. Talvez por isso não há sequer uma definição legal de ato administrativo, assim como também não há de regulamento administrativo. Tais conceitos emanam da jurisprudência e especialmente da doutrina.

Nesse contexto, é conhecido o conceito elaborado pelo saudoso administrativista Hely Lopes Meirelles, segundo o qual "ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria".<sup>198199</sup> O ato administrativo, como se vê, produz efeitos num caso concreto; o regulamento, por sua vez, também materializa uma manifestação unilateral da Administração Pública, no entanto apresenta um caráter geral e abstrato, sendo por essa razão compreendido como norma jurídica e, pois, como visto, uma das principais fontes do direito administrativo moderno.

O ato administrativo revela manifestação unilateral da Administração com alcance reduzido, isto é, que objetiva a formatação de uma situação de natureza individual e concreta; as características da generalidade e abstração, portanto, em princípio não estão presentes nos atos administrativos. O regulamento, ao contrário, é marcado exatamente por ser uma manifestação de ordem geral e abstrata. Portanto, há diferenças tanto em relação aos destinatários quanto ao alcance da medida. Com efeito, o regulamento, enquanto norma jurídica, é *geral*, isto é, define seus destinatários por meio de conceitos ou categorias universais, sem individualização de pessoas, e é *abstrato*, isto é, define situações da vida a que se aplica também por meio de conceitos ou categorias. O ato administrativo, diferentemente, é de natureza *individual*, vale dizer, reporta-se a uma pessoa ou a algumas

---

define ato administrativo como a “conduta voluntária de um órgão da Administração que, no exercício de um poder público e para a prossecução dos interesses postos por lei a seu cargo, produza efeitos no caso concreto”. CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. I, Coimbra: Almedina, 2005, p. 440.

<sup>198</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, cit., 2016, p. 167.

<sup>199</sup> Entendemos que ato administrativo é a manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, por meio da atuação de seus agentes, cria, modifica ou extingue relações jurídicas para os administrados ou para si própria, sempre visando o interesse público. SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 200.

pessoas especificamente identificadas, e é *concreto*, assim entendido porque visa regular uma certa situação precisamente delineada.<sup>200</sup>

Assim, enquanto o ato administrativo, mesmo o de efeitos gerais, esgota seu resultado no momento em que é estabelecido o comando para a situação caracterizada no ato, tal esgotamento dos efeitos não ocorre com o regulamento; este, ao contrário, dada sua natureza de fonte de direito, nasce com *predisposição de permanência*<sup>201</sup> na ordem jurídica. Também devido às características da generalidade e abstração, e por se constituir em autêntica fonte do direito administrativo, a força do regulamento não se esgota na execução de alguma tarefa estatal por ele orientada; do regulamento emana uma *decisão sobre futuras decisões*.<sup>202</sup>

Embora o regulamento seja uma norma criada para tratar de situações futuras, Geoffrey Weien noticia que no sistema jurídico norte-americano, havendo autorização do Poder Legislativo nesse sentido, tem sido admitido de forma excepcional que regulamentos possam retroagir para alcançar situações já consolidadas no tempo, situação que parece violar o princípio do direito adquirido<sup>203</sup>, além de contrariar entendimento doutrinário pacificado em relação à garantia consubstanciada na irretroatividade dos regulamentos.<sup>204</sup>

Atos e regulamentos, portanto, são maneiras de agir *qualitativa e quantitativamente diferentes*<sup>205</sup>; enquanto os regulamentos ingressam na ordem jurídica, os atos administrativos não têm essa capacidade, pois estes materializam *algo ordenado e não ordenamental*.<sup>206207</sup>

---

<sup>200</sup> Conforme lição de AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso...*, cit., 2001. p. 171.

<sup>201</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudos...*, cit., 2013, p. 43

<sup>202</sup> ANDRADE, J. C. Vieira de. *O Ordenamento...*, cit., 1986. p. 60.

<sup>203</sup> WEIEN, Geoffrey C. *Retroactive Rulemaking*. Harvard Journal of Law & Public Policy. Vol. 30, pp. 749-765.

<sup>204</sup> Nesse sentido, por exemplo, GARCIA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso...*, cit., 2011, p. 217.

<sup>205</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso...*, cit., 2011, p. 194.

<sup>206</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso...*, cit., 2011, p. 194.

<sup>207</sup> Analisando o cenário jurídico espanhol, Santamaría Pastor nos fornece a seguinte síntese sobre as distinções entre ato administrativo e regulamento: 1) a elaboração de regulamentos está submetida a um procedimento específico, distinto do aplicável aos atos administrativos; 2) a eficácia dos atos administrativos não está submetida, regra geral, à exigência de publicação na imprensa oficial, que é indispensável no caso das normas regulamentares; 3) os regulamentos são revogáveis com inteira liberdade, enquanto que a revogação de atos administrativos, quando declarativos de direitos, exigem requisitos específicos; 4) a ilegalidade de um regulamento acarreta sua nulidade de pleno direito, sanção que é excepcional no âmbito dos atos administrativos, onde a anulabilidade é a regra geral; 5) os regulamentos não são suscetíveis de recurso administrativo, ao contrário do que sucede com os atos administrativos. SANTAMARÍA PASTOR,

Pode-se afirmar, pois, que as duas formas de agir (ato administrativo e regulamento) não se confundem, principalmente pelos efeitos produzidos por um e por outro, além, também, do aspecto temporal em relação à produção de eficácia. Não obstante, sua distinção não impede uma aproximação entre os dois meios de agir, já que ambos materializam formas de “exercício de um poder público de autoridade”<sup>208</sup>, além de revelarem, os dois, meios diversos de exercício da função administrativa do Estado.

Conquanto distintos relativamente ao objeto e ao alcance, os atos administrativos e os regulamentos guardam importante relação de interdependência. Levando-se em conta particularmente a realidade jurídica brasileira, em que há uma pequena quantidade de regulamentos independentes, mas um gigantesco arcabouço normativo criado pelos regulamentos de execução, normalmente a política pública materializada na norma regulamentar toma corpo por meio de atos administrativos, isto é, por atos concretos ordenados pela norma regulamentar. No Brasil, por exemplo, a declaração de Imposto de Renda de Pessoa Física que, anualmente, é realizada a partir das diretrizes fixadas por meio de regulamento administrativo (*in casu* uma Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão do Ministério da Fazenda, este, por sua vez, órgão da União). Tal regulamento desencadeia inúmeros atos administrativos de natureza pessoal e concreta, tais como a imposição de multa por inobservância às datas fixadas no regulamento, etc. Vê-se, pois, que os dois modos de agir da Administração naturalmente se complementam, permitindo, numa visão una da atividade administrativa, o regular exercício do poder público de autoridade.

Além da relação entre ato administrativo e regulamento, também é possível visualizar, sobretudo em tempos de desestatização, quando se percebe maior participação de entidades privadas no exercício de poder (privado) de autoridade<sup>209</sup>, associação entre regulamentos e contratos administrativos. A delegação de poderes administrativos de autoridade a entidades privadas, que será examinada em tópico próprio, no Brasil ainda encontra alguma resistência por parte do Supremo Tribunal Federal, embora já existam precedentes que sinalizam para uma mudança de perspectiva, ou, melhor dizendo, para voltar os olhos para a realidade administrativa. A delegação de serviços públicos (por meio

---

Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen I, Cuarta edición, Madrid: Editoria Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 316.

<sup>208</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudos...*, cit., 2013, p. 46.

<sup>209</sup> GONÇALVES, Pedro. *Entidades...*, cit., 2008, p. 613 e ss.

de permissão ou concessão) reflete naturalmente também na transferência, em certa medida, do exercício da função administrativa a entidades privadas, cujo instrumento, neste caso, é o contrato administrativo celebrado entre estas e o poder concedente. Nesse horizonte, é possível que um contrato administrativo<sup>210</sup> consubstancie o antecedente para a expedição de regulamentos administrativos por parte de entidades privadas, nos casos em que tais atos ou contratos deleguem competência normativa àquelas entidades.<sup>211</sup>

Portanto, para além dos contratos administrativos celebrados rotineiramente pela Administração como suporte ao exercício da função administrativa, tais como os de fornecimento de produtos e serviços, é possível a utilização do *instrumento contratual* também com o objetivo de delegar uma atividade administrativa a entidades privadas e, mais do que isso, transferir a tais entidades o poder de expedir regulamentos administrativos.<sup>212</sup> Os contratos sobre o exercício do poder regulamentar, leciona Ana Raquel Gonçalves Moniz, assumem-se como instrumentos de autovinculação administrativa, na medida em que condicionam a atuação futura da Administração, no que tange ao fragmento de poder transferido. Por outro lado, nas hipóteses em que o contratado é um particular, o contrato assume-se como uma forma de promover “uma participação mais intensa dos privados no exercício da função normativa da Administração, elevando-se ao expoente máximo o princípio da colaboração”.<sup>213</sup>

Desse modo, nos casos em que um contrato administrativo consinta que particulares tenham a prerrogativa de editar normas regulamentares no exercício da função administrativa, tais contratos materializam verdadeira “delegação do poder regulamentar”<sup>214</sup>, criando uma oportunidade para atingir o melhor “contemperamento entre o interesse público concreto e o interesse privado, na ótica do menor sacrifício e/ou da maior vantagem possível para o privado”.<sup>215</sup>

---

<sup>210</sup> De acordo com o art. 175 da Constituição de 1988 e ainda a Lei nº 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões e Permissões), os serviços públicos podem ser delegados à iniciativa privada por meio de concessão e permissão, institutos jurídicos que se materializam por intermédio de contratos administrativos.

<sup>211</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudos...*, cit., 2013, p. 144.

<sup>212</sup> Para a professora Ana Raquel Gonçalves Moniz, “a possibilidade de estabelecer contratualmente critérios destinados a obrigar o *an e/ou o quomodo* do exercício do poder regulamentar coloca-se nas hipóteses em que, por contrato, a Administração se vincula a adotar um regulamento ou a emitir normas regulamentares com um certo conteúdo.”. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2015, p. 270.

<sup>213</sup> Conforme MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2015, p. 271.

<sup>214</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudos...*, cit., 2013, p. 144.

<sup>215</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2015, p. 271.

Anote-se, por fim, que a associação entre regulamento e contrato administrativo se manifesta de várias maneiras no âmbito direito administrativo e não apenas nas situações antes desenhadas<sup>216</sup>; não obstante, para os objetivos traçados nesta investigação entendemos desnecessária uma abordagem mais minudente.

## **1.5. A titularidade do poder regulamentar no ordenamento jurídico brasileiro**

Após o estudo dos principais contornos do poder regulamentar, em especial sua definição, características e funções, torna-se agora possível identificar, no Direito brasileiro, os detentores de tal poder. Não obstante, antes de se proceder à análise da titularidade do poder regulamentar no Brasil, imprescindível conhecer ao menos minimamente a organização político-administrativa prevista na Constituição de 1988 e em normas infraconstitucionais, para, em momento subsequente, identificar com maior segurança os órgãos e entidades titulares do poder regulamentar na ordem jurídica interna.

### **1.5.1. Sinopse da organização político-administrativa brasileira**

A organização político-administrativa brasileira apresenta estrutura complexa e multifacetada, sendo integrada por pessoas políticas previstas na própria Constituição, que por sua vez se dividem em incontáveis órgãos despersonalizados. Além disso, tais pessoas políticas – ou federativas – possuem a faculdade de criar, em seus respectivos âmbitos, outras pessoas administrativas, de direito público ou privado, para o exercício de atividades descentralizadas. Cada um desses órgãos ou entes, em maior ou menor escala, exerce a titularidade do poder regulamentar, no exercício de suas competências conferidas por lei.

A organização político-administrativa instituída pela Constituição brasileira de 1988 é *sui generis*, pois o poder administrativo do Estado é distribuído a quatro entes federativos distintos: a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal.

---

<sup>216</sup> A obra da professora Ana Raquel Moniz ainda menciona os contratos com efeitos regulamentares e contratos regulamentares, os contratos regulatórios e os contratos sobre o exercício do poder regulamentar. Para aprofundar, recomenda-se a leitura da obra de MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudos...*, cit., 2013, pp. 145.

Assim, o federalismo, referido como *uma aliança de Estados*<sup>217</sup>, possui no direito brasileiro a peculiaridade de abranger também a União, os Municípios e ainda o Distrito Federal, todos dotados de autonomia. Trata-se, portanto, de uma federação *quadripartite*, isto é, formada por quatro entes políticos autônomos.

Cada um desses quatro entes distintos, dotados de autonomia, detém parcelas de poder circunscritas pela própria Constituição. Com efeito, existe um poder central com um rol maior de competências, denominado *União*; os *Estados-membros*, que são poderes políticos regionais; os *Municípios*<sup>218</sup>, que são poderes políticos de âmbito local e, ainda, o *Distrito Federal*, que, segundo o disposto no art. 32, § 1º, da Constituição, acumula competências estaduais e municipais. Essas quatro pessoas jurídicas (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal) são autônomas, razão pela qual não há que se falar em hierarquia ou subordinação entre elas.

Nesse sentido dispõe o *caput* do art. 18 da Constituição de 1988, ao estabelecer que “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”, sendo a autonomia, não custa dizer, a tríplice capacidade de auto-organização e normatização própria, autogoverno e auto-administração.<sup>219220</sup>

Ao optar por esse modelo de federação *quadripartite*, a Constituição de 1988 distribuiu um rol mais abrangente de competências à União (art. 20 e s.s., CF/88), pessoa jurídica de direito público interno detentora da especial prerrogativa constitucional de

---

<sup>217</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 227.

<sup>218</sup> Sobre a autonomia do município, vale conferir a lição de Paulo Bonavides: “Todavia, no Brasil, com a explicitação feita na Carta de 1988, a autonomia municipal alcança uma dignidade federativa jamais lograda no direito positivo das Constituições antecedentes. Traz o art. 29, por sua vez, um considerável acréscimo de institucionalização, em apoio à concretude do novo modelo federativo estabelecido pelo art. 18, visto que determina seja o município regido por lei orgânica, votada por *quorum* qualificado de dois terços dos membros da Câmara Municipal – requisito formal que faz daquele estatuto um diploma dotado de grau de rigidez análogo ao que possuem as cartas constitucionais. Enfim, o art. 30, discriminando a matéria de competência dos municípios, tem uma latitude de reconhecimento constitucional desconhecida aos textos antecedentes de nosso constitucionalismo. A combinação dos três artigos será doravante a pedra angular de compreensão da autonomia do município, que qualitativamente subiu de degrau com a adição política feita ao todo federativo, em cujo arcabouço se aloja”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 312-313.

<sup>219</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito...*, cit., 2006, p. 253.

<sup>220</sup> Explicita Santos que essa autonomia política “se traduz na capacidade conferida às pessoas federativas de criarem seus próprios ordenamentos jurídicos (auto-organização), de planejarem e executarem internamente seus serviços (autoadministração) e de elegerem seus representantes (autogoverno)”. SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 84.

*exercer as atribuições de soberania do Estado brasileiro*<sup>221</sup>, enquanto os municípios ficaram com as competências para a exercer a função administrativa relacionada aos assuntos de interesse local e – também relativamente aos temas de interesse local – legislar (art. 30, CF/88).<sup>222</sup> Sabe-se historicamente que o federalismo concebe a União e os Estados-membros como seus dois elementos fundamentais de existência. Por isso, ressalta Zimmermann, “a recepção do Município como membro federativo é uma característica exclusiva da organização do Estado Federal brasileiro”.<sup>223</sup>

Importante esclarecer ainda que os quatro entes políticos detêm autonomia, no entanto, particularmente em relação à União, deve-se explicitar que tal ente pode se manifestar em nome próprio, perante o direito público interno, bem como em nome do Estado como um todo, perante o direito público internacional, quando então será detentor de soberania. Isso porque “a Federação se, por um lado, é uma reunião de distintas partes, por outro estabelece também uma unicidade política perante a ordem jurídica internacional”.<sup>224</sup>

Nessa partilha de atribuições, coube aos Estados-membros a competência remanescente ou residual, isto é, a competência para a execução de quaisquer tarefas ou serviços que não se enquadrem como de interesse local nem se confundam com aqueles cuja competência pertence à União (art. 25, § 1º, CF/88).<sup>225226</sup>

Por fim, o Distrito Federal detém as denominadas *competências cumulativas*, assim entendidas aquelas distribuídas aos Estados-membros e também aos Municípios (art. 32, § 1º, CF/88).<sup>227</sup> Portanto, o Distrito Federal, onde se localiza Brasília, capital da

---

<sup>221</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito...*, cit., 2006, p. 254.

<sup>222</sup> Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; (...)

<sup>223</sup> ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 418.

<sup>224</sup> ZIMMERMANN, Augusto. *Curso...*, cit., 2002, p. 406.

<sup>225</sup> Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição. (...)

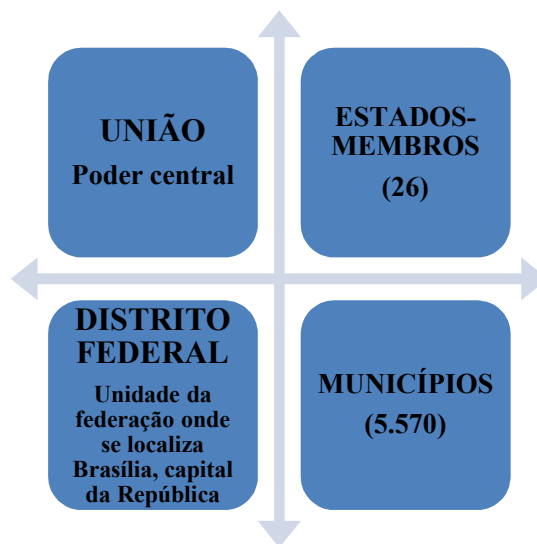
<sup>226</sup> Augusto Zimmermann alude aos Estados-membros que formam a federação brasileira como sendo “Estados não soberanos, muito embora dotados de efetiva autonomia garantida pelo direito público interno”. ZIMMERMANN, Augusto. *Curso...*, cit., 2002, p. 413.

<sup>227</sup> Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição.



República Federativa do Brasil, “não é Estado-membro e tampouco Município. Sob determinado aspecto ele é mais do que ambos, porque lhe cabem competências legislativas e tributárias reservadas aos dois”.<sup>228</sup>

A título de ilustração, vejamos a figura abaixo:



Portanto, são quatro os entes políticos que integram a federação brasileira: União, Estados-membros, Municípios e o Distrito Federal. Cada um desses quatro entes que compõem a Administração direta poderá, sempre que julgar conveniente, instituir sua respectiva Administração indireta, descentralizando atividades por meio da criação das seguintes entidades administrativas: autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.<sup>229</sup>

Com efeito, o sistema jurídico brasileiro possibilita a descentralização administrativa por intermédio de duas formas distintas. A primeira ocorre quando qualquer dos entes políticos, por opção, cria entidades administrativas para execução de atividades específicas. Neste caso a descentralização ocorre por meio de *outorga*<sup>230</sup> e a entidade

---

§ 1º - Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios. (...)

<sup>228</sup> ZIMMERMANN, Augusto. *Curso...*, cit., 2002, p. 423.

<sup>229</sup> A reflexão da jurista portuguesa Ana Raquel Gonçalves Moniz, segundo a qual emerge na atualidade “uma plêiade de novos entes administrativos”<sup>229</sup> encaixa-se tal qual uma luva no regime jurídico-administrativo brasileiro, tantas e diferentes são as entidades e órgãos que o integram. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A titularidade do poder regulamentar no Direito Administrativo português*, in Boletim da Faculdade de Direito, V. LXXX, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2004, pp. 483-562.

<sup>230</sup> A descentralização de atividades envolvendo pessoas jurídicas públicas, que no Brasil recebe o nome de descentralização mediante outorga, em Portugal é referida por Ana Raquel Gonçalves Moniz simplesmente

criada, como antes explicitado, integrará a administração indireta do ente político que a instituiu. A outra forma de descentralizar serviços públicos, que também será objeto de tópico próprio, é a *delegação*, por meio da qual a Administração Pública transfere a execução de determinado serviço ou atividade a outra entidade, mas agora de natureza privada, ou seja, não integrante da estrutura orgânica do Estado. Noutros termos, há outorga quando o poder público “cria uma entidade e a ela transfere, por lei, determinado serviço público”<sup>231</sup>; na delegação, diferentemente, a transferência do serviço ou atividade se dá mediante contrato ou ato administrativo, a pessoas físicas ou jurídicas privadas.<sup>232233</sup>

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, “a *delegação é menos que outorga*”, porque esta traz uma presunção de definitividade e aquela de transitoriedade, razão pela qual os serviços outorgados o são, normalmente, por tempo indeterminado e os delegados por prazo certo.<sup>234</sup>

Na descentralização mediante outorga, como visto, o serviço público passa a ser executado por uma das quatro entidades que integram a administração indireta, que, a teor do Decreto-lei nº 200/67, são as seguintes: autarquia, fundação pública, empresa pública e sociedade de economia mista. Todas as entidades que integram a Administração indireta brasileira, segundo o art. 4º, II, do Decreto-lei nº 200/67, possuem personalidade jurídica própria, isto é, aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações em seu próprio nome. A natureza jurídica dessas entidades, contudo, dependerá da finalidade para a qual foi criada.

O art. 5º, I, do Decreto-lei nº 200/67 define autarquia como sendo o “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para

---

como *delegação inter-subjetiva*. Já a descentralização mediante delegação, que no Brasil é definida como a transferência de competências administrativas à iniciativa privada, é referida pela mesma doutrinadora como *delegação inter-subjetiva extra-administrativa*. MONIZ, Ana Raquel. *Estudos...*, cit., 2013, p. 124.

<sup>231</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, cit., 2016, p. 438.

<sup>232</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 365.

<sup>233</sup> Santos explica detalhadamente as formas de descentralização no sistema jurídico brasileiro da seguinte forma: “A descentralização pode ocorrer de duas maneiras distintas: através da outorga e mediante delegação. A outorga ocorrerá quando o Estado, optando por uma prestação de serviços descentralizada, resolve criar uma entidade especificamente para este fim. A entidade criada comporá sua administração indireta e executará as atividades outorgadas pelo ente político que a criou, que será necessariamente uma das quatro pessoas federativas. (...) A delegação de serviços públicos, conquanto também seja forma de descentralização, ocorre quando o Estado transfere determinado serviço público a pessoa privada (natural ou jurídica), por prazo determinado, através de contrato administrativo precedido de licitação”. SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 85.

<sup>234</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, cit., 2016, p. 438.

executar atividades da Administração Pública que requeiram, para o seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizadas”.

As autarquias possuem natureza administrativa, prestam serviços públicos e, por isso mesmo, não poderiam ter outro regime senão o de direito público. Em consequência, têm as mesmas prerrogativas e restrições aplicáveis aos entes da administração direta, diferenciando-se destes, no entanto, no que tange ao rol de competências, pois enquanto as pessoas federativas exercem funções administrativas e também políticas, com a possibilidade de legislar, as autarquias são criadas para exercer atividades administrativas específicas, fixadas em lei.<sup>235</sup>

Portanto, as autarquias são entidades públicas descentralizadas com *capacidade exclusivamente administrativas*<sup>236</sup>, criadas para a execução de atividades típicas de Estado, ou seja, prestação de serviços públicos ou execução de outras atividades próprias do Estado e, tal qual a entidade política da Administração direta que as criou, também exercem no seu cotidiano administrativo atribuições relacionadas ao poder regulamentar, com a expedição de inúmeros atos normativos gerais e abstratos.

Na realidade brasileira existem as autarquias *comuns*, que prestam serviços de forma descentralizada, e outras que guardam especial relevância para o presente estudo, que são as autarquias sob regime especial, das quais se destacam as agências reguladoras. Tais entidades, que, como dito, também possuem natureza autárquica, são atualmente as entidades administrativas que mais expedem regulamentos no País. Essas agências reguladoras nada mais são do que autarquias de regime especial, isto é, entidades de natureza autárquica, mas que apresentam algumas peculiaridades e sobretudo maior autonomia relativamente às autarquias ditas comuns; as agências reguladoras, frise-se, serão abordadas em separado, no próximo tópico.

A segunda entidade integrante da Administração indireta a merecer destaque é a fundação pública<sup>237</sup>, que também possui aptidão para expedir regulamentos no exercício da função administrativa. As fundações são entidades originárias do direito privado que pouco

---

<sup>235</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, pp. 91-92.

<sup>236</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, cit., 2015, p. 164.

<sup>237</sup> O Decreto-lei nº 200/67, por meio de seu art. 5º, IV, traz a seguinte definição de fundação pública: “Fundação pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgão ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes”.

a pouco também começaram a ser instituídas pelo Estado para execução de tarefas de cunho social, sem fins lucrativos, mas que não se caracterizavam como atividades típicas de Estado.

A definição legal de fundação pública, de quase cinco décadas, já não encontra consonância com a realidade administrativa brasileira dos dias atuais, pois a doutrina há muito tem sustentado que a Administração direta tanto pode criar fundações regidas pelo direito público quanto pelo direito privado, a depender da conveniência administrativa. Assim, com base na doutrina<sup>238</sup> e também na jurisprudência<sup>239</sup>, resta consolidado atualmente que podem ser instituídas no Brasil fundações públicas de direito público ou de direito privado, à escolha do ente criador.<sup>240</sup>

Além de autarquias e fundações públicas, os entes políticos podem criar ainda outras duas pessoas jurídicas, ambas regidas pelo direito privado, com o objetivo de participarem da atividade econômica do País: são as *empresas estatais*, cujas espécies são a *empresa pública*, de capital exclusivamente público, e a *sociedade de economia mista*, em que há conjugação de capital público e privado.

Portanto, apesar de não ser regra no direito brasileiro<sup>241</sup>, é possível a criação de empresas estatais para participação do Estado na economia. Muitas dessas empresas estatais, além da busca de lucro própria da atividade empresarial, também prestam serviços públicos. Por isso, tais empresas estatais também expedem regulamentos administrativos, na medida em que essa providência seja necessária ao exercício da função administrativa.

Consoante já referenciado, o sistema jurídico-administrativo brasileiro admite duas espécies do *gênero* empresa estatal: a primeira é a empresa pública, definida pelo art. 5º, II, do Decreto-lei nº 200/67 como sendo “a entidade dotada de personalidade jurídica de

---

<sup>238</sup> Por todos, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, cit., 2013, p. 494 e ss.

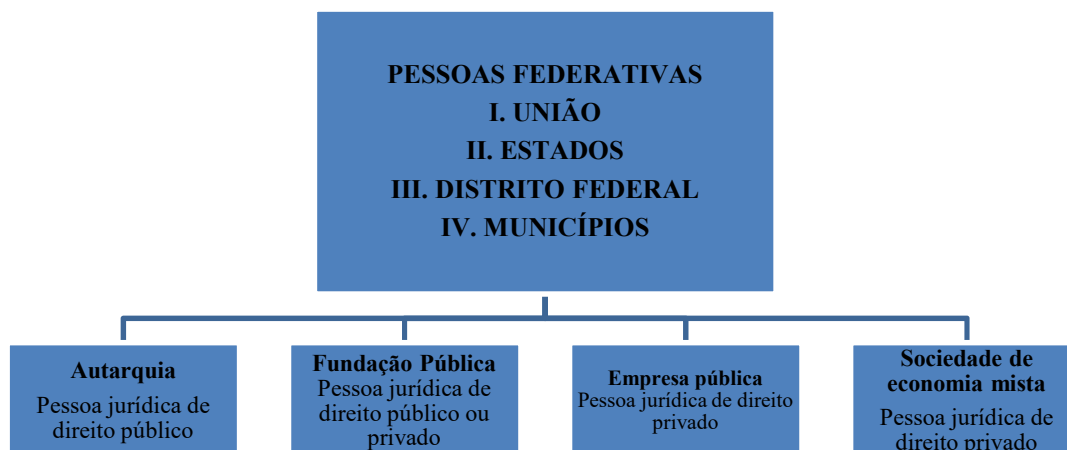
<sup>239</sup> (...) nem toda fundação instituída pelo Poder Público é fundação de direito privado. As fundações, instituídas pelo Poder Público, que assumem a gestão de serviço estatal e se submetem a regime administrativo previsto, nos Estados-membros, por leis estaduais, são fundações de direito público, e, portanto, pessoas jurídicas de direito pública (STF, RE 101.126/RJ – Rel. Min. Moreira Alves, j. 24.10.1984, Tribunal Pleno, DJ 01.03.1985).

<sup>240</sup> Relacionando as características das entidades fundacionais existentes na Administração Pública brasileira, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua fundação pública como sendo “o patrimônio, total ou parcialmente público, dotado de personalidade jurídica de direito público ou privado, e destinado, por lei, ao desempenho de atividades do Estado na ordem social, com capacidade de autoadministração e mediante controle da Administração Pública, nos limites da lei”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, cit., 2013, p. 496.

<sup>241</sup> CF/88, art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criada por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito”; a segunda é a sociedade de economia mista, definida pela doutrina como “a pessoa jurídica de direito privado integrante da Administração indireta, criada mediante autorização legal específica, sob forma de sociedade anônima, com capital público e privado, para a exploração de atividade econômica ou prestação de serviços públicos, sob controle majoritário do Poder Público”.<sup>242</sup>

Vejam os a ilustração a seguir, a indicar que todos os quatros entes políticos que integram a federação brasileira podem, quando assim o desejarem, criar outras entidades administrativas, com personalidade jurídica própria, com vistas à execução de serviços públicos de forma descentralizada ou ainda visando à participação do Estado na economia.



A Administração Pública brasileira, portanto, compreende todos os órgãos das quatro pessoas federativas, bem assim as entidades da administração indireta por elas criadas, sendo certo que todos esses órgãos e entidades, no exercício próprio de suas competências, exercem poder público de autoridade, conforme abordagem que será feita no tópico seguinte.<sup>243</sup>

---

<sup>242</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 122.

<sup>243</sup> Após a análise das entidades políticas e administrativas que integram a Administração Pública brasileira, não se pode deixar de fazer menção à estranha figura do *consórcio público*, que foi concebida para

Por fim, deve-se registrar que de acordo com a ordem jurídica brasileira é possível também a delegação de serviços públicos a entidades particulares, sem nenhum vínculo orgânico-estrutural com a Administração, nos moldes da Lei brasileira de concessões e permissões (Lei nº 8.987/1995). Por isso, à frente, em tópico próprio, será objeto de estudo a natureza jurídica dessa delegação estatal, bem como a possibilidade de tais entidades privadas exercerem poderes de autoridade, aí incluído, por certo, o poder de expedir regulamentos administrativos para o cumprimento de suas obrigações contratuais.

### **1.5.2. Órgãos e entidades que exercem o poder regulamentar na Administração Pública brasileira**

A partir da compreensão do tópico anterior, no qual foi examinada a organização político-administrativa do Estado brasileiro, é possível identificar os diversos atores públicos – e privados – que exercem internamente poder de autoridade, em especial o poder regulamentar, isto é, “o poder de editar regras jurídicas”.<sup>244</sup>

Conforme já referenciado, a Constituição brasileira de 1988 prevê em seu art. 84, inciso IV a competência conferida ao chefe do Poder Executivo para expedir decretos e regulamentos para fiel execução das leis; o inciso VI do mesmo art. 84 da Lei Maior ainda prevê a figura do decreto (regulamento) autônomo, em casos específicos e taxativamente preestabelecidos. Vejamos uma vez mais o texto da Constituição:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:  
(...)  
IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;  
(...)  
VI – dispor, mediante decreto, sobre:  
a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;  
b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

Com base no Texto Constitucional, é fácil perceber que o principal titular do poder regulamentar no direito brasileiro é o governo, na pessoa do chefe do Poder

---

estabelecer relações de cooperação entre os entes federativos, com vistas a realização de objetivos de interesse comum. De acordo com Santos, os consórcios públicos “são associações de direito público ou privado, criadas por entes federativos, por meio de autorização legislativa, para a gestão associada de serviços públicos ou de outras atividades de interesse público”. SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 109.

<sup>244</sup> GONÇALVES, Pedro. *Entidades...*, cit., 2008, p. 620.

Executivo federal, ou seja, o Presidente da República. Não obstante, com base no princípio da simetria<sup>245</sup>, que advém do princípio federativo e sustenta que haja uma relação simétrica entre as normas da Constituição e os princípios e regras das Constituições dos Estados-membros, reconhece-se idêntica competência aos chefes do Poder Executivo das demais pessoas federativas (Estados-membros, Distrito Federal e Municípios).

Assim, todos os chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos) possuem competência para o exercício do poder regulamentar em sua plenitude, isto é, para expedirem regulamentos de execução e também regulamentos independentes, sendo que estes últimos somente poderão ser expedidos observados os limites materiais contidos no inciso VI do art. 84 da Constituição. No Brasil, portanto, o regulamento administrativo nomeado *decreto* (independente ou de execução) é de competência exclusiva dos chefes do Poder Executivo.

Além disso, também consoante já mencionado, há reconhecimento quase unânime na doutrina brasileira moderna que o poder regulamentar não se esgota na competência constitucional atribuída ao chefe do Poder Executivo, mas, antes, se esparrama por outros órgãos da Administração direta e também entidades administrativas com poder de autoridade<sup>246</sup>, em especial as agências reguladoras, que serão tratadas adiante, além de pessoas jurídicas privadas que atuam no exercício de atividades delegadas pelo Estado.

Assim, os órgãos que compõem as estruturas dos quatro entes federativos (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal), que formam a chamada *Administração direta* do Estado brasileiro possuem competência, em maior ou menor escala, conforme dispuser a lei, para a expedição de regulamentos administrativos na sua respectiva área de atuação. Sobre esse aspecto, importante a doutrina de Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, que assinalam que poder regulamentar não constitui um poder próprio e inerente a toda Administração, *mas apenas dos órgãos dotados de poder de mando*.<sup>247</sup> Deveras, não é todo e qualquer órgão da administração direta ou entidade da administração

---

<sup>245</sup> Conforme lição de José Afonso da Silva, o princípio da simetria constitucional é uma decorrência do pacto federativo e também da igualdade dos entes políticos, pelo que, ressalvadas as exceções constitucionais, as mesmas regras e princípios aplicáveis à União, como ente federado, serão observados necessariamente pelos demais entes, desde que não haja razão jurídica ou política para discriminar. SILVA, José Afonso da. *Curso...*, cit., 2000, p. 263.

<sup>246</sup> Conforme, entre outros, CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade...*, 2000, p. 271.

<sup>247</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso...*, cit., 2011, p. 194.

indireta que possui competência para a expedição de normas regulamentares, mas apenas aqueles cuja competência decorre de uma *lei* habilitante.<sup>248</sup>

O poder público de autoridade, vale dizer, não se aplica indistintamente a todos os órgãos e agentes que integram a estrutura da Administração; além disso, algumas entidades privadas podem reflexamente exercer tal poder em razão das atividades a ela delegadas pelo poder público. Por outros termos, o poder de autoridade decorre de uma específica atribuição jurídica, e não da mera condição de ser um agente público, podendo até mesmo ser delegado a particulares<sup>249</sup>, quando necessário ao exercício da função administrativa.

As entidades da administração indireta (autarquia, fundação pública, empresa pública e sociedade de economia mista), assim como os entes políticos que as criarem, apresentam aptidão para, nos termos da lei, editarem regulamentos administrativos. E é assim porque essas entidades exercem função administrativa e, bem por isso, assumem-se como detentoras de poder público de autoridade. Importante mencionar que algumas empresas estatais são criadas apenas para participação do Estado na atividade econômica, hipótese em que se apresentam, em princípio, desprovidas de poder público de autoridade e conseqüentemente não possuem competência para a expedição de regulamentos administrativos.

Pois bem, além dos regulamentos independentes e de execução, que, conforme mencionado, são de competência exclusiva dos chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos), outras autoridades titulares de cargos de nível inferior da administração direta, bem como autoridades vinculadas às entidades da administração indireta possuem competência para a expedição de outros tipos de regulamento, tais como portarias, resoluções e instruções normativas.

Por certo que tais atos, de natureza secundária, não poderão contrariar normas primárias que lhe são hierarquicamente superiores, a exemplo das leis e normas de índole constitucional. Portanto, para o exercício de suas competências e desde que haja previsão

---

<sup>248</sup> Esclareça-se que a competência da qual agora se trata é aquela relativa à expedição de *regulamentos externos*, que, como se sabe, exige prévia habilitação legal; a emissão de *regulamentos internos*, diferentemente, possui como fundamento o poder hierárquico da Administração, razão pela qual, conforme já dissemos reiteradas vezes, todos os órgãos e entes públicos a possuem independentemente de prévia autorização legal.

<sup>249</sup> Conforme lição de GONÇALVES, Pedro. *Entidades...*, cit., 2008, p. 596.



legal para tanto, os órgãos da administração direta e também as entidades da administração indireta, em maior ou menor medida, exercem poder regulamentar.

Além dos órgãos e entidades públicos que exercem poder de autoridade, cuja principal face é o poder de editar normas regulamentares, não se pode perder de vista que nos dias atuais tal poder também é exercido por particulares. Por outras palavras, o poder de autoridade não mais pode ser concebido como monopólio do Estado. Com efeito, por meio dos poderes privados de autoridade, que derivam de prévia delegação estatal, é possível que entidades privadas, isto é, não integrantes da estrutura orgânica do Estado, possam não apenas editar atos individuais e concretos, mas também atos normativos, exercendo, pois, uma espécie de “poder normativo privado”.<sup>250</sup> A possibilidade de entidades privadas exercerem função administrativa será retomada em momento oportuno, ainda neste capítulo.

Por fim, quando se examina o poder regulamentar, uma espécie de entidade pública apresenta especial relevo no direito brasileiro: as agências reguladoras. Tais entidades são autarquias de regime especial cuja atribuição precípua é regular a prestação de serviços públicos delegados a particulares, conforme será analisado a seguir.

### **1.5.2.1. Em especial, o poder regulamentar das agências reguladoras no cenário jurídico brasileiro**

Ao longo do último século, o Estado passou por três fases diversas e razoavelmente bem caracterizadas: a primeira delas é identificada como pré-modernidade ou Estado liberal, que exige um Estado de funções reduzidas; a segunda fase, referida como modernidade ou Estado social (*Welfare State*), iniciou-se na segunda década do século XX e é marcada pela assunção direta por parte do Estado de alguns papéis econômicos, tanto como condutor do desenvolvimento como outros de cunho distributivista, de modo a atenuar certas distorções do mercado e amparar os contingentes que ficavam à margem do progresso econômico; por fim, já na quadra final do século XX, surge a terceira e última fase, a pós-modernidade, que encontra o Estado sobre crítica

---

<sup>250</sup> GONÇALVES, Pedro. *Entidades...*, cit., 2008, pp. 613 e 620.

cerrada, identificado com a ideia de ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção.<sup>251</sup>

Com essa transformação contínua do Estado, atualmente volta-se a defender o afastamento estatal da órbita individual das pessoas, só que agora num contexto de desestatização e privatização<sup>252</sup>. Com efeito, a decadência do Estado empresário, com expressiva redução das estruturas públicas de intervenção direta na economia não produziu um modelo que possa ser identificado com o de Estado mínimo; ao contrário, apenas se deslocou a atuação estatal do campo do Poder Público para o domínio da disciplina jurídica, com a ampliação de seu papel na regulação e na fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas.<sup>253</sup>

O insucesso do modelo de Estado empresário vivenciado no Brasil especialmente até a década de 1980, aliado a aspectos de cunho ideológico do governo de então, forçou a aprovação da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990<sup>254</sup>, que instituiu o Programa Nacional de Desestatização, cujo objetivo era reduzir drasticamente a intervenção do Estado na economia e, conseqüentemente, transferir por meio de concessão e permissão a execução de inúmeros serviços anteriormente prestados pelo próprio Estado à iniciativa privada, tais como os de telefonia e fornecimento de energia elétrica, entre outros.

Nesse panorama jurídico-político é que começa a ser substituído o modelo de Estado *executor* pelo de Estado *regulador*, que tem por finalidade retirar da órbita estatal a competência para a prestação de determinados serviços públicos ou outras atividades cuja execução direta pelo Estado já não atendia aos reclamos da sociedade. Conseqüentemente, foi criado um sistema de proteção à livre concorrência e também aos usuários de tais serviços, com o objetivo de regular a atuação dos novos prestadores de serviços públicos.

A regulação, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, é uma função administrativa que “decorre da abertura, pela lei, de um espaço decisório reservado a uma ponderação politicamente neutra de interesses concorrentes em conflitos setoriais,

---

<sup>251</sup> Conforme lição de MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório (introdução de Luís Roberto Barroso)*. São Paulo: Renovar, 2003, pp. 16-18.

<sup>252</sup> O Estado regulador, segundo Araújo, é aquele que intervém na ordem econômica, de modo a minimizar suas deficiências orçamentárias, por meio da transferência dos custos da regulação à iniciativa privada. ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. *Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Synergia, 2013, pp. 33-34.

<sup>253</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito...*, cit., 2003, p. 25.

<sup>254</sup> Revogada pela Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.

potenciais ou efetivos”.<sup>255256</sup> No amplo espectro de atividades enquadradas no conceito de função administrativa a regulação encontra atualmente lugar de destaque, podendo-se dizer, na esteira de Yves Gaudemet, que a atividade regulatória é a “forma mais moderna de exercício da função administrativa”.<sup>257258</sup>

O Estado regulador brasileiro ainda se encontra longe de uma consolidação. De fato, ainda hoje há claras divergências entre aqueles que apoiam o Estado regulador e aqueles que a ele se contrapõem, pois “num extremo encontram-se os defensores do absentismo estatal, partidários de concepções qualificadas como neoliberais”<sup>259</sup>, e, “antagonicamente, posicionam-se os que propugnam por uma intervenção estatal exaustiva, mesmo que regulatória”.<sup>260</sup>

Após a transferência de parte da atividade econômica para a iniciativa privada, houve a necessidade de o Estado brasileiro criar novas entidades públicas com a finalidade de regular a atuação das concessionárias e permissionárias de serviços públicos, perspectivando zelar pela qualidade dos serviços e ao mesmo tempo tutelar o direito dos administrados. Neste contexto é que foram criadas as agências reguladoras federais, que possuem natureza jurídica de autarquias de regime especial. Na década de 1990, quando foram instituídas as primeiras agências reguladoras federais, a entidade denominada *autarquia* já existia há várias décadas no cenário jurídico brasileiro. Em razão disso, as agências reguladoras criadas naquele período, embora também apresentassem a natureza de autarquia, receberam das leis criadoras uma roupagem diferenciada, sendo por elas denominadas de autarquias de “regime especial” com vistas a distanciá-las das autarquias comuns, então existentes. Agência reguladora, portanto, “é qualquer órgão da

---

<sup>255</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito...*, cit., 2003, pp. 132-133.

<sup>256</sup> Para Aragão, a regulação estatal engloba três prerrogativas básicas: o poder de emanar normas, o de assegurar a aplicação dessas normas e o de conter e/ou punir as infrações a tais normas. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 27.

<sup>257</sup> GAUDEMET, Yves. *Droit Administratif*. 18. Ed. Paris: LGDJ, 2005, p. 353.

<sup>258</sup> A regulação, segundo a doutrina de Eisner, pode ser compreendida como sendo os “arranjos político-institucionais que estruturam o relacionamento entre interesses sociais, o Estado e os atores econômicos”. EISNER, Marc A. *Regulatory politics in transition*. Baltimore, Maryland: The Johns Hopkins University Press, 1993.

<sup>259</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, cit., 2005. p. 451.

<sup>260</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, cit., 2005. p. 451.

Administração Direta ou entidade da Administração Indireta com função de regular a matéria específica que lhe está afeta”.<sup>261262</sup>

Atualmente, existem inúmeras agências reguladoras nos âmbitos federal, estadual, distrital e municipal. Na esfera federal que interessa particularmente a esta investigação, foram criadas nos últimos vinte anos mais de dez agências reguladoras no Brasil, que atuam em áreas como energia elétrica, telecomunicações, petróleo, vigilância sanitária, saúde, água, transportes etc.<sup>263</sup>

Apesar de ostentarem a natureza jurídica de entidades autárquicas, as agências reguladoras possuem maior autonomia em relação às autarquias ditas *comuns*. Referida autonomia é constatada quer em relação ao próprio Poder Executivo, quer em relação aos demais poderes estatais.

---

<sup>261</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, cit., 2013, p. 529.

<sup>262</sup> Apesar de comumente serem identificadas como “órgãos reguladores” inclusive pelo texto constitucional (art. 177, § 2º, III, CF/1988), as agências reguladoras, como *autarquias* que são, possuem personalidade jurídica própria. Agências reguladoras, portanto, “são pessoas jurídicas de direito público, criadas sob a forma de autarquias de regime especial, com maior grau de independência relativamente à administração direta, que têm por finalidade regular serviços públicos ou outras atividades desempenhadas por particulares ou pelo próprio Estado”. SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 103.

<sup>263</sup> Atualmente, as agências reguladoras federais brasileiras são as seguintes:

- a) Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), instituída pela Lei nº 9.427/96, alterada pelas Leis nºs 9.648/98, 9.649/98, 9.986/00 e 10.438/02, tendo sido regulamentada pelo Decreto nº 2.335/97, alterado pelo Decreto 4.111/02;
- b) Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), instituída pela Lei nº 9.472/97, alterada pela lei nº 9.986/00, regulamentada pelo Decreto nº 2.338/97, alterado pelos Decretos 2.853/98, 3.873/01, 3.986/01, 4.037/01;
- c) Agência Nacional do Petróleo (ANP), instituída pela Lei nº 9.478/97, alterada pelas Leis nº 9.986/00, 10.202/01 e 10.453/02, regulamentada pelo Decreto nº 2.455/98, alterado pelos Decretos 2.496/98, 3.388/00 e 3.968/01;
- d) Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), instituída pela Lei nº 9.782/99, alterada pela lei 9.986/00 e MP nº 2.190-34/01, regulamentada pelo Decreto nº 3.029/99, alterado pelos Decretos 3.571/00 e 4.220/02;
- e) Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), instituída pela Lei nº 9.961/00, alterada pela lei nº 9.986/00 e pela MP nº 2.177-44/01, regulamentada pelo Decreto 3.327/00;
- f) Agência Nacional das Águas (ANA), instituída pela Lei nº 9.984/00, alterada pela MP nº 2.216/01 e regulamentada pelo Decreto nº 3.692/00;
- g) Agência Nacional de Transportes (ANTT), instituída pela Lei nº 10.233/01, alterada pelas Leis nºs 10.470/02, 10.561/02 e 10.683/03 e pela MP nº 2.217-03/01, regulamentada pelo Decreto nº 4.130/02;
- h) Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), instituída pela Lei nº 10.233/01, alterada pelas Leis nºs 10.470/02, 10.561/02 e 10.683/03 e MP nº 2.217-03/01, regulamentada pelo Decreto 4.122/02;
- i) Agência Nacional do Cinema (ANCINE), instituída pela MP nº 2.228-1/01, com a redação dada pela Lei nº 10.454/02 e regulamentada pelo Decreto nº 4.121/02, alterado pelo Decreto nº 4.330/02;
- j) Superintendência de Previdência Complementar (PREVIC), instituída pela Lei nº 12.154/09, regulamentada pelo Decreto nº 7.075/10;
- k) Comissão de Valores Mobiliários (CVM), instituída pela Lei nº 10.411/02, e regulamentada pelo Decreto nº 4.300/02, alterado pelo Decreto nº 4.537/02;
- l) Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), instituído pela Lei nº 4.137/62, e posteriormente transformado em autarquia federal por meio da Lei nº 8.884/94.

De fato, percebe-se que as agências reguladoras brasileiras gozam de certa margem de independência em relação ao Poder Legislativo, porque dispõem de função normativa, embora, óbvio, seus atos não possam conflitar com normas superiores; ao Poder Executivo, porque suas normas e decisões, em regra, não podem ser alteradas ou revistas por autoridades estranhas à agência; e, por fim, ao Poder Judiciário, porque dispõem de função quase-jurisdicional para resolverem, no seu âmbito de atuação, litígios entre os delegatários de serviços públicos e entre estes e os usuários dos respectivos serviços. No entanto, todas as suas decisões estão submetidas ao controle do Poder Judiciário.<sup>264</sup>

A independência (ou, para alguns, autonomia) das agências reguladoras relativamente aos três poderes da República merece alguma reflexão. Em relação ao Poder Legislativo, pode-se perceber que a autonomia das agências reguladoras decorre de sua competência para emitir normas gerais e abstratas, por meio de regulamentos administrativos. A competência conferida às agências reguladoras para a criação de direito novo é bastante discutida doutrinariamente no direito interno brasileiro, havendo autores que defendem a tese da deslegalização<sup>265</sup>, que admite a possibilidade de o Poder Legislativo delegar parte de atribuições a entidades de natureza administrativa, enquanto outros, negando a deslegalização, reconhecem os atos e regulamentos editados pelas agências reguladoras como manifestações de natureza infralegal, fundamentadas no poder regulamentar da Administração Pública.<sup>266</sup>

A deslegalização, vale lembrar, guarda suas raízes na doutrina da *délégation de matières*, na qual os franceses passaram a admitir, com base na jurisprudência do Conselho de Estado de 1907, que o titular de determinado poder tem a faculdade não apenas de exercê-lo, mas também dele dispor.<sup>267</sup><sup>268</sup><sup>269</sup> Como consequência disso, o Poder Legislativo

---

<sup>264</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, cit., 2013, pp. 532-534.

<sup>265</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito...*, cit., 2003, p. 122.

<sup>266</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria...*, cit., 2008; CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. 2 Ed. Salvador: Jus Podivm, 2009; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, cit., 2016; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, cit., 2013; FREITAS, Juarez. *O Controle...*, cit., 2004.

<sup>267</sup> RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, pp. 71-76.

<sup>268</sup> Importante, ainda que de forma sintética, esclarecer um pouco mais o fenômeno da deslegalização, devido à sua abordagem em momentos distintos desta investigação. A esse respeito, com o objetivo de justificar o surgimento de tal corrente, a Professora Ana Raquel Gonçalves Moniz explicita que com o advento do Estado social e o crescente intervencionismo que daí resulta, aliado a um entendimento demasiado estrito do princípio da legalidade e também a juridicização de um conjunto de matérias e, por fim, a concomitante mutação normativa daí adveniente, houve uma sobrecarga do Poder Legislativo, isto é, uma crise ou hipertrofia da lei. Depois de longa e fundamentada exposição sobre o fenômeno da deslegalização, cuja

pode delegar a outro ente a competência para normatizar certas matérias por meio de regulamentos, matérias estas inicialmente submetidas ao império da lei.

O principal argumento contra a tese da deslegalização é sua aparente inconstitucionalidade, que, no entanto, é afastada por Alexandre dos Santos Aragão, que sustenta que não há qualquer inconstitucionalidade na deslegalização, “que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede legislativa a regulação de determinada matéria”.<sup>270271</sup>

Não obstante a força argumentativa da tese da deslegalização, percebe-se que tal teoria não encontra espaço no ordenamento jurídico brasileiro, porquanto a Constituição de 1988 tratou exaustivamente das hipóteses de delegação legislativa, a saber a expedição de medidas provisórias<sup>272</sup> e leis delegadas.<sup>273</sup> Dentro deste contexto, o entendimento doutrinário<sup>274</sup> e jurisprudencial<sup>275</sup> é amplamente majoritário no sentido de prestigiar o princípio da legalidade, inclusive com parte da doutrina considerando que a tese da

---

leitura recomendamos, Moniz até acena para a admissibilidade de tal teoria, mas desde que sejam observados os limites que decorrem da reserva de lei e que, de um ponto de vista político-legislativo, “a devolução da matéria para o regulamento se esteie em considerações de natureza material, não constituindo um subterfúgio para o enfraquecimento de garantias reconhecidas pela lei em sentido formal”. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A Recusa...*, cit., 2012, pp. 69-78.

<sup>269</sup> Registre-se, em reforço ao que foi mencionado em tópico anterior, que nos Estados Unidos a inexistência constitucional de um poder regulamentar é suprida pela *delegated legislation*, ou seja, pela autorização legislativa específica conferida pelo Poder Legislativo às autoridades reguladoras competentes. Conforme a doutrina de FUNK, William F. and SEAMON, Richard H. *Administrative Law*. Third Edition. New York: Aspen Publishers, 2009, p. 30; e DELEO, John D. Jr. *Administrative Law*. Clifton Park, New York: Delmar, Cengage Learning, 2009, p. 16 e ss.

<sup>270</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord). *O poder normativo...*, cit., 2005, p. 422-423.

<sup>271</sup> O prof. Alexandre Aragão complementa seu raciocínio com o seguinte argumento: “Se o Poder Legislativo possui atribuição constitucional para revogar uma lei anterior, por certo que teria, também, competência para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico. Por que teria que, direta e imediatamente revogá-la, deixando um vazio normativo até que fosse expedido o regulamento, ao invés de, ao degradar a sua hierarquia, deixar a revogação para um momento posterior, a critério da Administração Pública, que possui melhores condições de acompanhar e avaliar a cambiante e complexa realidade econômica e social?”. ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord). *O poder normativo...*, cit., 2005, pp. 422-423.

<sup>272</sup> CF/88, art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001) (...).

<sup>273</sup> CF/88, art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. (...).

<sup>274</sup> FREITAS, 2004, Juarez. *O Controle...*, cit., 2004, p. 48; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria...*, cit., 2008, p. 283.

<sup>275</sup> “(...) a competência da Agência Nacional de Telecomunicações para expedir normas subordina-se aos preceitos legais e regulamentares que regem outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público e no regime privado (...)” (STF, ADI 1668 MC, Relator Min. Marco Aurélio, j. 20/08/1998)

deslegalização seria verdadeira fraude<sup>276</sup> ao processo legislativo contemplado na Constituição de 1988.

Especificamente em relação à tese da deslegalização no âmbito das agências reguladoras brasileiras, Juarez Freitas sustenta que os atos regulatórios devem ser infralegais, restando vedado ao administrador inovar como legislador. Assim, por exemplo, a resolução de uma agência reguladora pode inovar apenas como ato administrativo, porém, nos exatos termos da lei. A infralegalidade reivindica uma sadia autocontenção, razão pela qual, sustenta o autor, não há que se falar em “deslegalização” no campo regulatório, que pode até valer noutros planos, mas não tem guarida em nosso complexo normativo.<sup>277</sup>

Como se vê, é possível afirmar que o Direito brasileiro, pelo menos na atual conjuntura jurídica, não dá amparo à tese da deslegalização, razão pela qual não há possibilidade de o Poder Legislativo delegar sua atribuição constitucional de inovar a ordem jurídica para ente integrante da Administração Pública direta ou indireta. Bem por isso, é possível afirmar, a partir de lúcida lição de Ana Raquel Gonçalves Moniz, que em consideração aos princípios da “indisponibilidade das competências e da exclusividade constitucional quanto à competência dos órgãos”, os poderes dos órgãos de soberania são os definidos na Constituição, razão pela qual, apenas quando a Lei Fundamental consinta uma delegação de poderes, a mesma se revela admissível.<sup>278279</sup>

No Brasil, conforme já referenciado, ainda não há um terreno fértil para a adoção da tese da deslegalização, tendo em vista o princípio da reserva de lei e também o espaço de atuação limitado constitucionalmente para o exercício do poder regulamentar. Por isso, se é certo afirmar que as agências reguladoras não substituem o Poder Legislativo, também é certo que tais entes administrativos, no exercício do poder regulamentar previsto nas próprias leis criadoras, possuem a prerrogativa de editar atos normativos gerais e abstratos com o objetivo de coordenar e fiscalizar o serviço público prestado pela iniciativa privada,

---

<sup>276</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria...*, cit., 2008, p. 283.

<sup>277</sup> FREITAS, Juarez. *O Controle...*, cit., 2004, p. 48.

<sup>278</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudos...*, cit., 2013, p. 58.

<sup>279</sup> Afirma Jorge Miranda que “a deslegalização está para a norma administrativa ordinária como a desconstitucionalização para a norma constitucional”. MIRANDA, Jorge. *Manual...*, Tomo V, 2000, p. 212.

bem assim sancionar as entidades privadas prestadoras de serviços públicos pelo eventual descumprimento dos contratos administrativos ou das normas de regência.<sup>280</sup>

Portanto, todas as agências reguladoras brasileiras possuem e exercem poder normativo para produzir normas gerais e abstratas que vinculam não só as prestadoras de serviços públicos, mas também todos os usuários de tais serviços, além da própria Administração Pública.<sup>281</sup>

Cabe salientar que na doutrina brasileira ainda há autores que sustentam que o poder regulamentar pertence exclusivamente ao chefe do Poder Executivo<sup>282</sup>, considerando o disposto no art. 84, IV, da Constituição de 1988<sup>283</sup>, entretanto, pelos argumentos anteriormente explicitados, parece claro que todos os órgãos ou entidades da Administração Pública, em menor ou maior medida, a depender das competências fixadas em lei, exercem poder regulamentar e conseqüentemente possuem a prerrogativa de expedir regulamentos administrativos, pois tal possibilidade está intrinsecamente vinculada ao exercício da função administrativa do Estado.

A regulamentação levada a efeito pelas agências reguladoras, como já mencionado, é fundamentada em sua lei de origem (ou qualquer outra, quando for o caso) e nela encontra seus limites, tratando-se, pois, de uma espécie de *delegation with*

---

<sup>280</sup> Jorge Miranda alerta que a deslegalização pode causar problemas acerca do valor das fontes e dos atos jurídico-constitucionais. Diz ele: “Num plano já da política legislativa, deve advertir-se (também por esta razão) contra os abusos a que pode dar azo a deslegalização, mesmo com observância dos limites formais. A devolução para regulamento tem de se estear na real consideração de certa matéria como regulamentar e não em qualquer outro desígnio que leve a enfraquecer as garantias trazidas pela lei em sentido formal”. MIRANDA, Jorge. *Manual...*, Tomo V, 2000, p. 214.

<sup>281</sup> Apesar de se referir às autoridades reguladoras existentes no sistema jurídico português, o Professor José Carlos Vieira de Andrade, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, refere que os regulamentos das agências reguladoras só deveriam valer como regulamentos de execução, e não como independentes. Para o Prof. Vieira de Andrade, “Já é discutível se devem considerar-se como regulamentos independentes os provenientes das autoridades reguladoras, ainda que estas possam ser consideradas entidades administrativas independentes – os regulamentos dessas autoridades, que não constituem administrações autônomas, só deveriam valer como regulamentos de execução de leis, não bastando uma referência legal às atribuições da entidade, mas verifica-se que as leis, no quadro das privatizações, “deslegalizaram” largos espaços em favor da regulação técnica, de modo que tais regulamentos se tornaram regulamentos complementares, quando não se arrogam mesmo o caráter independente”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições...*, cit., 2015, p. 146.

<sup>282</sup> Por todos: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, cit., 2016, p. 150.

<sup>283</sup> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;



*standards*<sup>284</sup>, por meio da qual a entidade reguladora fica limitada a atuar segundo os parâmetros fornecidos pela Lei de regência.

A delegação limitada por *standards* reflete uma fase importante na doutrina e jurisprudência norte-americanas sobre os limites de atuação das agências reguladoras, que merece ser reprisada sinteticamente. Com efeito, em vários julgados proferidos a partir de 1.936, em especial o caso “*United States v. Southwestern Cable Co.*, 392 U.S. 194”, de 1.968, a Suprema Corte dos EUA decidiu que embora válida a delegação congressional às agências reguladoras, tal delegação deveria seguir *standards* preestabelecidos pelo delegante.<sup>285</sup> Nessa linha, Schwartz afirma que a delegação de poderes pelo Congresso dos EUA às agências passou a ser admitida, embora não de forma genérica e irrestrita, mas limitada por parâmetros, ou seja, com limites de atuação bem definidos (*standards*).<sup>286</sup> Trata-se, portanto, da *nondelegation doctrine*<sup>287</sup>, já referenciada em tópico anterior.

Em conclusão, pode-se afirmar que o poder normativo das agências reguladoras brasileiras está previsto em suas próprias leis criadoras e por elas também é limitado. Outrossim, os atos normativos emanados de tais agências em nada se confundem com os atos legislativos primários, como leis e medidas provisórias, não havendo, quanto a isso, nenhum tipo de usurpação das atribuições conferidas constitucionalmente ao Poder Legislativo; ao contrário, a expedição de atos normativos pelas agências reguladoras materializa legítimo exercício do poder regulamentar, prerrogativa própria e necessária ao exercício da função administrativa.

### **1.5.3. A expedição de regulamentos administrativos por entidades privadas: algumas reflexões**

Consoante já mencionado, na década de 1980 teve início no Brasil um plano de desestatização da economia, que resultou na transferência de vários serviços e atividades anteriormente executados pelo próprio Estado à iniciativa privada e, como consequência,

---

<sup>284</sup> Consoante sustenta o constitucionalista Luiz Roberto Barroso, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, a delegação efetuada a partir de parâmetros previamente estabelecidos por lei é plenamente admissível, tal como ocorre no direito norte-americano por meio da *delegation with standards*. BARROSO, Luiz Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 173.

<sup>285</sup> WARREN, Kenneth F. *Administrative...*, cit., 1996, p. 90.

<sup>286</sup> SCHWARTZ, Bernard. *Administrative...*, cit., 1977, p. 86.

<sup>287</sup> Conforme DELEO, John D. Jr. *Administrative...*, cit., 2009, p. 16 e ss.

na criação de inúmeras agências (autarquias de regime especial) para a regulação e fiscalização de tais atividades.

Nesse contexto de desestatização, várias atividades foram transferidas a particulares, *principalmente*<sup>288</sup> por meio de contratos administrativos de concessão de serviços públicos, precedidos ou não de obras públicas.<sup>289</sup> Como consequência, inúmeros serviços públicos passaram a ser executados por entidades privadas, por sua conta e risco, nos termos de contrato administrativo celebrado após prévio e obrigatório procedimento licitatório.

Questão controvertida e que merece reflexão é saber se a delegação do serviço público levada a efeito pela Administração abrange também – e em que escala – a competência para expedir regulamentos relacionados à execução do aludido serviço. Com efeito, se a própria ordem jurídica permite a atribuição do exercício da função administrativa a entidades privadas, deve-se reconhecer que tais entidades, muito embora não passem só por esse motivo a integrar a estrutura orgânica da Administração Pública, pelo menos em alguma medida são *munidas de poderes de autoridade*.<sup>290</sup>

Ponderando sobre a situação e delimitando-a no âmbito do sistema jurídico português, Ana Raquel Gonçalves Moniz afasta a possibilidade de delegação a entidades privadas do poder regulamentar normal, assim entendido como aquele que, sob a égide da Constituição Portuguesa, somente cabe às pessoas jurídicas de direito público. Nessa perspectiva, na atribuição de poderes de autoridade a entidades privadas, designadamente o poder de editar regulamentos, tais entidades deverão ser titulares de um poder

---

<sup>288</sup> No sistema jurídico brasileiro também é possível, por exceção, delegar a execução de serviços públicos a particulares por meio de *permissão*, que possui natureza contratual, e ainda por intermédio de *autorização*, cujo consentimento estatal se dá através de ato administrativo discricionário e precário.

<sup>289</sup> Lei nº 8.987/95, art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...)

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

<sup>290</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudos...*, cit., 2013, p. 141.

regulamentar limitado e legalmente individualizado (e não um poder regulamentar ‘normal’),<sup>291</sup> sob pena de inverter os princípios da subsidiariedade e do interesse público.

A delegação de poderes públicos a entidades privadas, *in casu* o poder regulamentar, configura uma *delegação inter-subjetiva*, mas *extra-administrativa*, pois materializa uma relação jurídica entre pessoas jurídicas distintas, em que a primeira (delegante) pertence à estrutura orgânica do Estado enquanto a outra (delegada) não integra o corpo estatal.<sup>292</sup>

Diogo Freitas do Amaral também reconhece a possibilidade de o poder regulamentar ser delegado pela Administração Pública a entidades privadas, desde que para tanto estejam habilitadas por lei.<sup>293</sup><sup>294</sup> Como se vê, a expedição de regulamentos por parte de delegatários de serviço público, quando para tanto autorizados, é medida normal e necessária no cotidiano administrativo e que guarda fundamento, também, no princípio da *subsidiariedade*.<sup>295</sup>

Sobre o tema ora tratado, também já foi objeto de referência, noutra tópico, a tese de doutoramento desenvolvida pelo Professor Pedro Gonçalves, a qual concluiu que o poder público de autoridade, do qual emana vários outros poderes<sup>296</sup>, entre eles o de “editar regras jurídicas”<sup>297</sup>, pode, sim, ser delegado a entidades privadas, que passam a exercer,

---

<sup>291</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudos...*, cit., 2013, p. 143.

<sup>292</sup> Conforme lição de MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudos...*, cit., 2013, p. p. 124.

<sup>293</sup> AMARAL, Diogo Freitas. *Curso...*, cit., 2009, pp. 151-152.

<sup>294</sup> A Professora Ana Raquel Gonçalves Moniz afirma que o exercício do poder regulamentar por entidades privadas não atenta contra o princípio da legalidade designadamente em razão de existir uma lei habilitante. Com efeito, “O facto de os regulamentos se fundarem (também) num contrato administrativo não oblitera o respeito pelo princípio da legalidade, tendo em conta a necessidade, já recenseada, da existência de uma habilitação legal prévia à delegação, a qual obedece a determinadas condições. Por outras palavras, a circunstância de, (por meio de) contrato administrativo, a Administração permitir que um privado emane normas (jurídico-administrativas) sobre determinada(s) matéria(s) não o transforma no único fundamento do poder regulamentar, em substituição da lei. Pelo contrário, e como principiamos por sublinhar, a ‘fonte’ do poder para a emissão de regulamentos pelo destinatário do acto ou pelo co-contratante reside, em simultâneo, na lei e no contrato: da lei resulta a atribuição do poder regulamentar à entidade pública, bem como dos termos da sua possível delegação numa entidade privada; do acto ou contrato decorre a atribuição concreta do poder normativo público a uma determinada entidade privada, por causa e para o desempenho das funções públicas que lhe são conferidas”. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudos...*, cit., 2013, p. 163.

<sup>295</sup> Conforme OTERO, Paulo. *O Poder de Substituição em Direito Administrativo: Enquadramento Dogmático-Constitucional*. Lisboa, 1995, p. 51.

<sup>296</sup> Segundo Pedro Gonçalves, os poderes públicos administrativos podem assumir diversas feições, sendo possível distingui-los em cinco categorias fundamentais: “poder normativo, poder de configuração de efeitos jurídicos inovadores, poder de declaração de efeitos jurídicos obrigatórios, poder de emissão de declarações com força probatória especial e poder de emprego da coação sobre pessoas e coisas”. GONÇALVES, Pedro. *Entidades...*, cit., 2008, p. 619.

<sup>297</sup> GONÇALVES, Pedro. *Entidades...*, cit., 2008, p. 620.

neste contexto, “poder normativo privado”.<sup>298</sup> Nessa linha de raciocínio, mesmo nas hipóteses em que se afigurar juridicamente possível o exercício de poder regulamentar por entidades privadas, tal circunstância deve constar expressamente da lei ou do contrato administrativo, que, neste caso, deverá identificar pontualmente os poderes delegados.<sup>299</sup>

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal não tem admitido a delegação genérica de poderes administrativos a pessoas jurídicas de direito privado<sup>300</sup>, no entanto há precedentes jurisprudenciais no sentido de reconhecer que é possível a delegação a entidades privadas, por meio de contrato administrativo, de atos de consentimento ou mesmos fiscalizatórios.<sup>301</sup>

Como se pode notar, o poder público de autoridade já não representa, como sustentado no passado, uma exclusividade estatal. Nessa linha, é possível afirmar que os poderes de autoridade devem ser exercidos por aqueles que de fato exercem função administrativa, sejam entes públicos ou privados. Por outros termos, se é certo que em regra a função administrativa é desempenhada por entes públicos designados pela própria Constituição ou pela legislação infraconstitucional, também é certo que as entidades

---

<sup>298</sup> GONÇALVES, Pedro. *Entidades...*, cit., 2008, p. 613.

<sup>299</sup> A par dessa “descaracterização material do conceito *subjectivo* de Administração Pública” e das consequências que dela decorrem (MATOS, André Salgado de. *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2004, pp. 41-42), a doutrina portuguesa possui várias obras importantes. Sugere-se, entre outros: ESTORNINHO, Maria João. *A fuga...*, cit., 1999; OTERO, Paulo. *Vinculação...*, cit., 1998; MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A titularidade...*, cit., 2004; MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudos...*, cit., 2013.

<sup>300</sup> Direito constitucional e administrativo. Ação direta de inconstitucionalidade do art. 58 e seus parágrafos da lei federal nº 9.649, de 27.05.1998, que tratam dos serviços de fiscalização de profissões regulamentadas. (...) Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime. (STF, ADI 1717/DF - Relator: Min. Sydney Sanches Julgamento: 07/11/2002 Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 28-03-2003).

<sup>301</sup> Administrativo. Poder de polícia. Trânsito. Sanção pecuniária aplicada por sociedade de economia mista. Impossibilidade. (...) A controvérsia em debate é a possibilidade de exercício do poder de polícia por particulares (no caso, aplicação de multas de trânsito por sociedade de economia mista). 3. As atividades que envolvem a consecução do poder de polícia podem ser sumariamente divididas em quatro grupos, a saber: (i) legislação, (ii) consentimento, (iii) fiscalização e (iv) sanção. 4. No âmbito da limitação do exercício da propriedade e da liberdade no trânsito, esses grupos ficam bem definidos: o CTB estabelece normas genéricas e abstratas para a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação (legislação); a emissão da carteira corporifica a vontade o Poder Público (consentimento); a Administração instala equipamentos eletrônicos para verificar se há respeito à velocidade estabelecida em lei (fiscalização); e também a Administração sanciona aquele que não guarda observância ao CTB (sanção). 5. Somente os atos relativos ao consentimento e à fiscalização são delegáveis, pois aqueles referentes à legislação e à sanção derivam do poder de coerção do Poder Público. 6. No que tange aos atos de sanção, o bom desenvolvimento por particulares estaria, inclusive, comprometido pela busca do lucro - aplicação de multas para aumentar a arrecadação. (STJ, REsp 817534 / MG. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, J. 10.11.2009)

privadas, em menor escala, e desde que autorizadas por lei, contrato ou mesmo ato administrativo, também executam função administrativa e, como consequência, têm aptidão para exercer poder de autoridade, inclusive com a competência de editar regulamentos, observados, por óbvio, os limites formais e materiais fixados pelo ordenamento jurídico.

## **1.6. Aspectos gerais sobre vigência e eficácia do regulamento administrativo**

Embora a não expedição de regulamentos administrativos pela Administração e as consequências que derivam dessa omissão formem o núcleo da presente investigação, a abordagem sobre a vigência, eficácia e também sobre as formas de invalidação ou mesmo de recusa de aplicação pela Administração também se revelam importantes, de modo a propiciar ao leitor uma visão panorâmica do assunto, ou seja, para que este possa conhecer ao menos minimamente os principais aspectos relacionados à extinção e recusa de aplicação do regulamento, para que este estudo, nos capítulos seguintes, possa centrar-se propriamente sobre a ausência do regulamento e sua possível consequência de ordem reparatória.

O regulamento administrativo, ao entrar em vigor<sup>302</sup>, produzirá os regulares efeitos para os quais foi expedido até a cessação de sua vigência, que poderá ocorrer através de revogação, modificação, anulação, suspensão, recusa de aplicação e caducidade. Todas essas formas de desfazimento total ou parcial do regulamento são concebidas como “faculdades ínsitas ao poder regulamentar”<sup>303</sup>, diferentemente do que ocorre com a recusa de aplicação, que será abordada adiante, a qual se materializa a partir de um “cenário da mobilização das normas para a realização do direito no caso concreto”.<sup>304</sup>

De acordo com o novo Código do Procedimento Administrativo vigente em Portugal, aprovado pelo Decreto-Lei nº 4/2015, de 7 de janeiro, “não pode ser atribuída eficácia retroativa aos regulamentos que imponham deveres, encargos, ónus, sujeições ou sanções, que causem prejuízos ou restrinjam direitos ou interesses legalmente protegidos,

---

<sup>302</sup> O novo Código do Procedimento Administrativo vigente em Portugal expressa, em seu art. 140º, que “Os regulamentos entram em vigor na data neles estabelecida ou no quinto dia após a sua publicação”.

<sup>303</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A Recusa...*, cit., 2012, p. 236.

<sup>304</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A Recusa...*, cit., 2012, p. 236.

ou afetem as condições do seu exercício” (art. 141º/1). Além disso, “os efeitos dos regulamentos não podem reportar-se a data anterior àquela a que se reporta a lei habilitante” (art. 141º/2).

A revogação de um regulamento está relacionada a critérios de conveniência e de oportunidade, representando uma mudança de rumo da Administração, que antes expediu determinado regulamento a fim de alcançar um objetivo de interesse público e no momento presente já não o quer mais, pois o interesse público agora acena para outro caminho.<sup>305</sup> A revogação, portanto, caracteriza um modo de cessação da vigência do regulamento, por razões de mérito.<sup>306</sup> Noutros termos, na revogação não há nenhum vício a ser corrigido. Não há ilegalidade. Significa simplesmente que por razões de conveniência administrativa um regulamento válido é desfeito, com efeitos prospectivos.<sup>307</sup>

À luz da doutrina de Sousa e Matos, a revogação pode ocorrer diante da “superveniência de um outro regulamento de categoria idêntica ou superior, bem como de um outro acto jurídico hierarquicamente superior, nomeadamente uma lei, que com ele sejam incompatíveis”.<sup>308</sup> Portanto, não só o emissor do regulamento pode desfazê-lo por meio da revogação; qualquer outro ato normativo de *status* superior possui tal prerrogativa.

Como o direito de revogar decorre da discricionariedade administrativa e também do poder regulamentar, forçoso concluir que não existe por parte dos administrados eventualmente beneficiados um direito subjetivo à “manutenção de um regulamento na ordem jurídica”.<sup>309</sup> Em outras palavras, a revogação de um regulamento, em situações normais, não gera pretensões indenizatórias aos indivíduos eventualmente prejudicados.

---

<sup>305</sup> O novo Código do Procedimento Administrativo de Portugal, em seu art. 146º, apresenta as seguintes regras sobre a revogação de regulamentos:

“1 - Os regulamentos podem ser revogados pelos órgãos competentes para a respetiva emissão, sem prejuízo do disposto nos números seguintes.

2 - Os regulamentos necessários à execução das leis em vigor ou de direito da União Europeia não podem ser objeto de revogação sem que a matéria seja simultaneamente objeto de nova regulamentação.

3 - Em caso de inobservância do disposto no número anterior, consideram-se em vigor, para todos os efeitos, até ao início da vigência do novo regulamento, as normas regulamentares do diploma revogado de que dependa a aplicabilidade da lei exequenda.

4 - Os regulamentos revogatórios devem fazer menção expressa das normas revogadas.”

<sup>306</sup> Conforme lição de Rogério Soares, o juízo de mérito “é a avaliação da real complementariedade do acto em face do fim que serve”. SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse...*, cit., 1955, p. 207.

<sup>307</sup> Conforme SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 242.

<sup>308</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito...*, cit., 2007, p. 260.

<sup>309</sup> Conforme leciona Ana Raquel Gonçalves Moniz, explicando que assim entende o *Conseil d’Etat* desde o *Arrêt (Syndicat National de la Meunerie à Seigle)*, de 26.06.1954, in: *L’Actualité Juridique – Droit Administratif*, 1961, p. 74. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A Recusa...*, cit., 2012, p. 246.

Por fim, a revogação de um regulamento pode ser total (ab-rogação) ou apenas parcial (derrogação), produzindo em qualquer caso efeitos prospectivos, isto é, para o futuro.

Em relação à modificação de um regulamento, pode-se dizer que tal medida está associada à revogação, embora possa haver modificação sem que haja revogação parcial, como ocorre com a expedição de normas regulamentares destinadas a introduzir aditamentos em regulamentos já em vigor.<sup>310</sup>

A revogação e a modificação do regulamento, segundo a doutrina de Queiró, “podem ser expressas ou tácitas, conforme o regulamento ou lei posterior declararem que revogam ou modificam um regulamento anterior ou se limitam a regular a mesma matéria de forma inovativa”.<sup>311</sup> Como instituto autônomo, a modificação não encontra lugar no sistema jurídico brasileiro, que reúne todas as hipóteses de desfazimento total ou parcial de regulamentos por razões de conveniência e oportunidade sob o espectro da revogação, que, vale repetir, situa-se no âmbito da discricionariedade administrativa.<sup>312</sup>

Se a revogação é o desfazimento por razões de mérito administrativo, a anulação com ela não se confunde, pois, não obstante tratar-se, igualmente, de uma forma de desfazimento do regulamento administrativo, este tipo de invalidação tem lugar diante da ocorrência de algum vício de legalidade<sup>313</sup>. Portanto, constatada a incompatibilidade de um regulamento com regras hierarquicamente superiores ou princípios que orientam a Administração, deverá tal regulamento ser retirado do ordenamento jurídico por meio da anulação.<sup>314</sup>

---

<sup>310</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A Recusa...*, cit., 2012, p. 248.

<sup>311</sup> QUEIRÓ, Afonso. *Teoria...*, cit., p. 25.

<sup>312</sup> A Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece em seu art. 53 o seguinte: A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

<sup>313</sup> Vale conferir a sempre atual e lúcida lição de Rogério Soares: “O juízo de mérito carece de elemento de objectividade, reflecte-se em todos os casos numa avaliação (*apprezzamento*), incompatível (...) com um juízo de validade. Por isso, a revogação verificar-se-ia onde houvesse uma *avaliação*; a anulação, onde se procedesse a uma *verificação*”. SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse...*, cit., MCMLV, p. 410.

<sup>314</sup> O novo CPA português, em seu art. 143º, estabeleceu sobre a invalidação o seguinte:

“1 - São inválidos os regulamentos que sejam desconformes com a Constituição, a lei e os princípios gerais de direito administrativo ou que infrinjam normas de direito internacional ou de direito da União Europeia.

2 - São também inválidos:

a) Os regulamentos que desrespeitem os regulamentos emanados dos órgãos hierarquicamente superiores ou dotados de poderes de superintendência;  
b) Os regulamentos que desrespeitem os regulamentos emanados pelo delegante, salvo se a delegação incluir a competência regulamentar;

A anulação de regulamento, segundo Queiró, “visa eliminar a sua eficácia *ex tunc*, arredando os efeitos do regulamento não só para o futuro mas também em relação ao passado”<sup>315</sup>. Deveras, não poderiam ser outros os efeitos da anulação, porquanto neste caso o regulamento, desde o dia em que inaugurou sua vigência, apresenta um vício incontornável, devendo a anulação, por isso, operar seus efeitos retroativamente, sob pena de admitir que um ato contrário ao direito possa produzir efeitos na ordem jurídica.

A anulação, diferentemente da revogação, não está na esfera de disponibilidade da Administração Pública. Por outras palavras, enquanto na revogação vigora o princípio da livre revogabilidade, quando se fala em anulação, o órgão competente somente poderá anular o regulamento se de fato este for ilegal.<sup>316317</sup> A propósito, o sistema jurídico brasileiro possui regra expressa nesse sentido, pois o art. 53 da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, prescreve que “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos”.

Ainda no que concerne à invalidação de regulamentos, deve-se mencionar que no direito brasileiro nem todo vício tem como consequência a anulação. Com efeito, existem os regulamentos *nulos*, que são aqueles que apresentam vícios incontornáveis e que, por isso, devem ser retirados do mundo jurídico por meio da anulação, e os *anuláveis*, os quais, embora contenham algum vício, podem ser corrigidos e aproveitados pela Administração, através do instituto da convalidação<sup>318</sup>. Conforme a doutrina de Santos, convalidação é o meio de que se vale a Administração para a correção, o aproveitamento ou regularização de ato e/ou regulamento que apresenta defeito sanável, visando sua manutenção no mundo jurídico e conseqüentemente seus efeitos já produzidos.<sup>319320</sup>

---

c) Os regulamentos que desrespeitem os estatutos emanados ao abrigo de autonomia normativa nas quais se funde a competência para a respetiva emissão.”

<sup>315</sup> QUEIRÓ, Afonso. *Teoria...*, cit., p. 23.

<sup>316</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A Recusa...*, cit., 2012, p. 251.

<sup>317</sup> Para Santos, anulação é o desfazimento de ato administrativo ou regulamento “em decorrência de algum vício de legalidade constatado na sua formação, ou ainda em razão da violação dos princípios que regem o direito administrativo”. Em síntese, diz o autor, “quando se fala em anulação não se perquire se o ato é conveniente ou inconveniente, mas apenas se este viola os princípios e regras de direito administrativo”. SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 238.

<sup>318</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 246.

<sup>319</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 246.



Uma importante regra acerca da aplicação dos regulamentos administrativos (externos) é a sua *inderrogabilidade singular*, circunstância que impede a autoridade pública (ou privada) de afastar a aplicabilidade de um regulamento vigente a determinada pessoa, seja qual for o motivo alegado.<sup>321322</sup> Nesse sentido, uma autoridade que expede um regulamento até poderá revogá-lo posteriormente, por razões de conveniência e oportunidade, caso tal medida atenda ao interesse público. Não poderá a autoridade, contudo, através de ato singular, afastar a aplicação de um regulamento administrativo para um ou alguns casos concretos específicos<sup>323</sup>. Por meio da inderrogabilidade singular, portanto, proibem-se condutas administrativas casuísticas em relação aos regulamentos administrativos que, como normas que são, vinculam não só os administrados como toda a Administração Pública. Por outros termos, a eficácia normativa dos regulamentos é plena, eis que tais normas vinculam tanto os administrados como também os próprios poderes públicos (autovinculação), daí a sua consequente e natural inderrogabilidade singular.<sup>324325</sup>

Esclareça-se que o princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos, conforme lição de Enterría e Fernández, evidentemente não se aplica à lei, que pode autorizar derrogações singulares, porquanto o Poder Legislativo não está vinculado à

---

<sup>320</sup> O instituto da convalidação está previsto no art. 55 da Lei nº 9.784/99, o qual prescreve que “Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”.

<sup>321</sup> José E. Figueiredo Dias e Fernanda Paula Oliveira explicam a inderrogabilidade singular da seguinte forma: “A partir do momento em que o regulamento entra em vigor, vincula a todos: Administração, tribunais e particulares. Todos têm que cumprir o que nele se estipula. Os órgãos administrativos não podem, através de suas ações concretas violar os comandos regulamentares, sob pena de as serem judicialmente anuladas ou declaradas inválidas. De facto, a Administração não pode revogar, por via individual e concreta, os regulamentos administrativos que ela própria criou enquanto não forem banidos da ordem jurídica. Os regulamentos têm de ser acatados pelas autoridades administrativas, incluindo seu próprio autor”. DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Noções...*, cit., 2011, p. 161.

<sup>322</sup> Segundo a doutrina de Santamaría Pastor, a inderrogabilidade singular dos regulamentos significa, entre outras coisas, a superioridade qualitativa do regulamento em comparação ao ato administrativo; além disso, a inderrogabilidade não supõe a proibição de que o próprio regulamento possa autorizar a Administração a dispensar sua observância em casos concretos, salvo disposição legal em contrário. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios...*, Volumen I, cit., 2002, p. 324.

<sup>323</sup> Conforme o art. 142/2 do novo CPA português, *verbis*:

“2 - Os regulamentos não podem ser derrogados por atos administrativos de carácter individual e concreto.”.

<sup>324</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios...*, Volumen I, cit., 2002, p. 322.

<sup>325</sup> Ana Raquel Gonçalves Moniz, Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, afirma, em apertada síntese, que não obstante a autovinculação própria dos regulamentos administrativos, que é possível que em determinadas situações de natureza excepcional a autovinculação característica dos regulamentos não tenha o condão de excluir, de forma pontual e excepcional, a recusa de aplicação da norma regulamentar, desde que tal fato, por certo, reste devidamente fundamentado pela Administração. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A Recusa...*, cit., 2012, pp. 224-225.

legalidade, como ocorre com a Administração<sup>326</sup>. O Poder Legislativo existe justamente para a criação do direito e, bem por isso, não se prende a atos normativos antecedentes; é, em todos os momentos, livre, originário e soberano. O Poder executivo, diferentemente, não possui tais atributos, por isso a regra da inderrogabilidade singular.<sup>327</sup>

A suspensão do regulamento, conquanto não seja uma forma de cessação de sua vigência, como ocorre com a revogação, modificação e anulação, também se relaciona com a aptidão de produzir efeitos da norma regulamentar, porquanto paralisa, em diferentes lapsos temporais, sua eficácia<sup>328</sup>. Cabe registrar que a suspensão de regulamento é instituto desconhecido na ordem jurídica brasileira, bem como na doutrina administrativista interna. Tal suspensão pode se amparar em fundamentos diversos, admitindo-se eventualmente a utilização desta figura “perante situações de alteração do equilíbrio de interesses que torna as normas regulamentares totalmente inadequadas ou de dúvidas quanto à respectiva validade”.<sup>329</sup>

Outra forma de cessação da vigência de regulamento reconhecida pela doutrina portuguesa é a caducidade. O Código do Procedimento Administrativo vigente em Portugal estabelece em seu art. 145º que “Os regulamentos sujeitos a termo ou condição resolutiva caducam com a verificação destes”, bem como que “Os regulamentos de execução caducam com a revogação das leis que regulamentam, salvo na medida em que sejam compatíveis com a lei nova e enquanto não houver regulamentação desta”.

Para Sousa e Matos, a caducidade decorre de “qualquer facto de que dependa a vigência do regulamento, particularmente a cessão da lei habilitante de sua emissão ou o decurso do prazo pelo qual o regulamento, por disposição própria ou da lei regulamentada, estava destinado a vigorar”.<sup>330</sup> A caducidade, portanto, toma corpo a partir da “superveniência de qualquer facto do qual dependa a vigência (formal) do regulamento,

---

<sup>326</sup> Esclareça-se, à luz da doutrina de Ana Raquel Gonçalves Moniz, que “o regulamento não perde o carácter vinculativo que o caracteriza como norma jurídica se, nos casos-regra, for aplicado, rejeitando-o apenas quando se está perante um caso excepcional; ou, por outras palavras, o princípio da inderrogabilidade singular só vale em toda a sua extensão perante uma norma regulamentar (formalmente em vigor no ordenamento jurídico) que, submetida a uma experimentação em concreto, se revele prático-normativamente adequada a solucionar o caso”.<sup>326</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A Recusa...*, cit., 2012, p. 225.

<sup>327</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso...*, cit., 2011, p. 220.

<sup>328</sup> De acordo com o art. 142º/1 do CPA português: “Os regulamentos podem ser interpretados, modificados e suspensos pelos órgãos competentes para a sua emissão”.

<sup>329</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A Recusa...*, cit., 2012, pp. 255-256.

<sup>330</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito...*, cit., 2007, p. 260.

facto esse independente da vontade do titular do poder regulamentar e cujo efeito extintivo decorre *ope legis (rectius, ope iuris)*.”<sup>331</sup>

Por fim, deve-se ressaltar que dentre as várias situações analisadas pela Professora Ana Raquel Gonçalves Moniz que autorizam a Administração Pública a afastar uma norma regulamentar em decorrência de sua inadequação prático-normativa para a solução de um caso concreto, como, *v. g.*, quando o interesse público assim o exigir<sup>332</sup>, situação de destaque é a discussão sobre a possibilidade de recusa de aplicação de um regulamento administrativo com fundamento em sua invalidade, que, frise-se, foi expressamente adotada pelo novo Código do Procedimento Administrativo vigente em Portugal.<sup>333</sup>

Nesse contexto, e apenas para cumprir os objetivos propostos para a presente investigação, podemos sintetizar que a elucidação do problema da recusa por invalidade perpassa pela conjunção de dois momentos dogmaticamente distintos: a realização de um juízo de valor acerca da validade da norma regulamentar hipoteticamente aplicável ao caso posto e a decisão de afastar aludida norma da resolução do caso, por força da invalidade de que padece.<sup>334</sup> Seu fundamento, portanto, “assenta num desvalor do ato”.<sup>335336</sup>

---

<sup>331</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A Recusa...*, cit., 2012, p. 258.

<sup>332</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A Recusa...*, cit., 2012, p. 350.

<sup>333</sup> O novo CPA português, em seu art. 144º, traz as seguintes regras sobre o regime de invalidade:

“1 - A invalidade do regulamento pode ser invocada a todo o tempo por qualquer interessado e pode, também a todo o tempo, ser declarada pelos órgãos administrativos competentes, sem prejuízo do disposto no número seguinte.

2 - Os regulamentos que enfermem de ilegalidade formal ou procedimental da qual não resulte a sua inconstitucionalidade só podem ser impugnados ou declarados oficiosamente inválidos pela Administração no prazo de seis meses, a contar da data da respetiva publicação, salvo nos casos de carência absoluta de forma legal ou de preterição de consulta pública exigida por lei.

3 - A declaração administrativa de invalidade produz efeitos desde a data de emissão do regulamento e determina a repristinação das normas que ele haja revogado, salvo quando estas sejam ilegais ou tenham deixado por outro motivo de vigorar, devendo o órgão competente reconhecer o afastamento do efeito repristinatório, quando este se verifique.

4 - A retroatividade da declaração de invalidade não afeta os casos julgados nem os atos administrativos que se tenham tornado inimpugnáveis, salvo, neste último caso, quando se trate de atos desfavoráveis para os destinatários.”

<sup>334</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A Recusa...*, cit., 2012, p. 351.

<sup>335</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2015, p. 293.

<sup>336</sup> Ana Raquel Gonçalves Moniz afirma que “a concepção da declaração de invalidade como modo de exercício do poder regulamentar importa, desde logo, uma consequência determinante no que tange ao princípio do paralelismo das formas – a exigir que, em regra, a declaração de invalidade de regulamentos (total ou parcial) adote o mesmo procedimento e a mesma forma (ou forma hierarquicamente superior)”, para em seguida concluir que “a competência para a declaração de invalidade há de pertencer apenas ao autor do regulamento, titular da competência regulamentar de primeiro grau, e ao órgão que sobre ele exerce poderes de controlo”. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2015, p. 294.

## 1.7. Limites ao exercício do poder regulamentar

O estudo dos limites do poder regulamentar perpassa necessariamente pela reflexão sobre a ideia que a *juridicidade* e, mais do que isso, sobre como tal conceito exerce incidência direta sobre a conduta dos agentes públicos nos variados sistemas jurídicos. Com efeito, a Administração Pública, desde o seu surgimento, foi “concebida como uma atividade do Estado que é exercida sob a autoridade da ordem jurídica que ele próprio deve estabelecer”.<sup>337</sup> Assim sendo, o próprio ordenamento jurídico estabelece os poderes de autoridade da Administração, ao mesmo tempo em que também estabelece os limites formais e substanciais para o exercício de tais prerrogativas, de modo a conservar os poderes administrativos “dentro de suas fronteiras legais e proteger a sociedade contra o abuso desses poderes”.<sup>338</sup>

Os regulamentos administrativos, como já referido, são atos normativos emanados da Administração Pública (ou de quem lhe faça as vezes) no exercício da função administrativa. Como os regulamentos materializam normas de caráter secundário, sua previsão, no Brasil, não está contida no art. 59<sup>339</sup> da Constituição de 1988, que é o dispositivo constitucional que fornece o elenco das denominadas *normas primárias*<sup>340</sup>, assim entendidas aquelas que retiram sua força da própria Constituição.

O poder regulamentar, também conforme já abordado, encontra seu fundamento diretamente no texto constitucional e na lei habilitante, como ocorre nos ordenamentos jurídicos brasileiro, espanhol e português. A Administração Pública ou mesmo as entidades

---

<sup>337</sup> MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Tradução de H. H. Heredia e Krotoschin. 2. Ed. Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 12.

<sup>338</sup> SCHWARTZ, Bernard. *Administrative...*, cit., 1991, p. 29.

<sup>339</sup> CF/88, art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

I - emendas à Constituição;

II - leis complementares;

III - leis ordinárias;

IV - leis delegadas;

V - medidas provisórias;

VI - decretos legislativos;

VII - resoluções.

<sup>340</sup> Sobre as normas *primárias*, segue-se lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Desse ato normativo inicial (*a Constituição*) deriva toda a ordem jurídica. Todavia, de imediato decorrem dele atos que, embora em nível inferior quanto à origem, já que estabelecidos por poder por ele canalizado, têm eficácia igual em consequência de sua própria determinação. (...) Do ato inicial, todavia, ainda derivam outros atos que podem ser ditos primários, porque são os que, em sua eficácia, aparecem como o primeiro nível dos atos derivados da Constituição. Caracterizam-se por serem atos só fundados na Constituição”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 198-199.

privadas investidas de poder de autoridade, ao expedirem regulamentos concretizam uma das variadas faces da função administrativa do Estado. Por encontrar sua motivação num dos poderes administrativos concedidos pelo ordenamento jurídico para o regular funcionamento da Administração Pública, a expedição de regulamentos encontra também seus limites no princípio da *juridicidade* da administração.<sup>341</sup>

Também já foi examinado alhures que o poder regulamentar se divide em externo e interno, a depender da *projeção de sua eficácia*.<sup>342</sup> O poder regulamentar externo possui natureza de poder derivado<sup>343</sup>, pois somente pode ser reconhecido quando expressamente autorizado por uma norma legal ou constitucional. Já o poder regulamentar interno se dirige a órgãos integrados na mesma pessoa coletiva pública do órgão autor do regulamento, produzindo, nessa medida, efeitos internos.<sup>344</sup>

Se o poder regulamentar externo, como dito, emana da Constituição ou da lei, pode-se afirmar que o poder regulamentar interno encontra seu fundamento no poder público de autoridade, o qual apresenta como uma de suas faces o poder de autorregulamentação, entendido como a prerrogativa que possuem as autoridades superiores de disciplinarem, internamente, a conduta de seus subordinados, ou, nas palavras de Amaral, o poder regulamentar interno encontra seu fundamento no “poder de direção, próprio do superior hierárquico”.<sup>345</sup> No Brasil, como o poder administrativo se subdivide em vários poderes específicos, pode-se afirmar que o poder regulamentar interno se fundamenta no poder hierárquico da Administração.<sup>346</sup> A propósito, para Queiró<sup>347</sup>, tal poder é inerente ao “poder geral de soberania próprio da Administração”, não carecendo, por isso mesmo, de “uma atribuição legal” para ser exercido.

Em relação aos regulamentos internos, não obstante as considerações relativas aos seus efeitos, não se pode deixar de observar que mesmo tais regulamentos podem projetar

---

<sup>341</sup> Tal princípio, segundo Maria João Estorninho, deve ser “entendido como a subordinação ao direito como um todo, implicando submissão a princípios gerais de direito, à Constituição, a normas internacionais, a disposições de caráter regulamentar, a atos constitutivos de direitos, etc.”. ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999.

<sup>342</sup> AMARAL, Diogo Freitas. *Curso...*, cit., 2009, p. 163.

<sup>343</sup> DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Noções...*, cit., 2011, p. 158.

<sup>344</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2012, p. 176.

<sup>345</sup> AMARAL, Diogo Freitas. *Curso...*, cit., 2009, p. 203.

<sup>346</sup> Meirelles define o *poder hierárquico* como aquele de que dispõe a Administração “para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoal”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, cit., 2012, p. 127.

<sup>347</sup> QUEIRÓ, Afonso. *Teoria...*, cit., 2000, p. 242.

efeitos indiretos para terceiros, “sobretudo nas relações Administração/particulares, sem que tal os transforme em externos”.<sup>348</sup>

Ao expedir um regulamento (interno<sup>349</sup> ou externo), a Administração Pública esbarra em importantes limites em sua atuação: impossibilidade de o regulamento administrativo contrariar normas de *status* superior; o princípio da reserva legal e a proibição de regulamentos com efeitos retroativos.

Nesse contexto, pode-se afirmar que são limites ao exercício do poder regulamentar pela Administração Pública os princípios gerais do direito, a Constituição e os princípios que informam o direito administrativo, com destaque para o princípio da legalidade. De forma mais completa, além de didática, Enterría e Fernández relacionam os limites formais e materiais para a expedição de regulamentos administrativos. De acordo com tais autores, seriam limites formais: a) a competência para expedir os regulamentos; b) hierarquia normativa; c) procedimento para elaboração dos regulamentos; do ponto de vista substancial, a expedição de regulamentos esbarraria nos seguintes limites: a) o respeito aos princípios normativos; b) o controle de discricionariedade (ou constitucionalidade); c) a matéria a ser regulamentada; d) a irretroatividade do regulamento.<sup>350</sup>

Alguns desses limites são autoexplicativos e, pelo objetivo do presente estudo, não demandam abordagem mais acurada; outros, ao contrário, devido à sua importância e peculiaridades envolvendo o sistema jurídico brasileiro merecem algumas notas explicativas.

O princípio da legalidade, estatuído no art. 37, *caput*, da Constituição de 1988<sup>351</sup> traduz-se inequivocamente num importante limite à atuação estatal frente aos administrados; particularmente em relação à expedição de regulamentos administrativos, o princípio da legalidade é importante mecanismo de controle da atividade administrativa,

---

<sup>348</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudos...*, cit., 2013, p. 30.

<sup>349</sup> Em relação aos regulamentos internos, não obstante as considerações relativas aos seus efeitos, não se pode deixar de observar que mesmo tais regulamentos podem projetar efeitos indiretos para terceiros, “sobretudo nas relações Administração/particulares, sem que tal os transforme em externos”. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudos...*, cit., 2013, p. 30.

<sup>350</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso...*, cit., 2011, pp. 119-217.

<sup>351</sup> CF/88, art. 37: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:” (...) (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

pois a Administração, adverte Schmidt-Assmann, “deve ser dirigida pela lei”.<sup>352</sup> Tal princípio, seguindo a lição de Ana Raquel Gonçalves Moniz<sup>353</sup>, irradia sua força por meio de quatro subprincípios: princípio da *precedência de lei*, princípio do *primado da lei*, princípio da *reserva de lei* e princípio da *separação entre o direito da lei e o direito da Administração*.<sup>354</sup>

O princípio da legalidade reforça a soberania da lei enquanto fonte primária do direito e, via de consequência, limita, restringe, condiciona o exercício da função administrativa do Estado<sup>355</sup>, ou, noutros termos, exige que o poder regulamentar esteja sempre *justificado numa fonte normativa primária*.<sup>356</sup> Pelo princípio da legalidade extrai-se que a vontade da Administração Pública é aquela que decorre da lei, sendo certo que a atuação de qualquer agente público divorciada da lei não se sustenta juridicamente e deverá ser invalidada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário<sup>357</sup>. Entretanto, o apego à legalidade estrita<sup>358</sup> não é uma garantia irrefutável contra abusos do exercício indevido do poder regulamentar.

Neste contexto, importante a reflexão de Maria João Estorninho, para quem, no Estado social o princípio da legalidade deve ter seu espectro ampliado para traduzir não só a ideia de subordinação à lei, mas *ao direito como um todo*, implicando submissão a princípios gerais de direito, à Constituição, a normas internacionais, a disposições de caráter regulamentar, a atos constitutivos de direitos, etc., daí a ideia de juridicidade ao invés de legalidade.<sup>359</sup> Nesse contexto, tem-se que a moderna atividade administrativa não pode configurar-se como “uma mera execução da lei e por assim ser não pode esperar-se

---

<sup>352</sup> SCHMIDT-ASSMANN, E. *La Teoría...*, cit., 2003, p. 212; assim também, por todos, MAYER, Otto. *Derecho...*, cit., 1949, p. 90.

<sup>353</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2015, pp. 79-88.

<sup>354</sup> Também nesse sentido: CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987; OTERO, Paulo. *Legalidade...*, cit., 2007.

<sup>355</sup> PALADIN, Livio. *Diritto Costituzionale*. Padova: CEDAM, 1998. P. 174.

<sup>356</sup> LONGOBARDI, Nino. *Autirità Amministrative Independenti e Sistema Giuridico-Instituzionale. Seconda Edizione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009, p. 303.

<sup>357</sup> Conforme SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 45.

<sup>358</sup> Sobre o tema da legalidade estrita, Vera Monteiro faz a seguinte observação: A própria França, que indica em sua Constituição as matérias reservadas ao Parlamento e as sujeitas ao regulamento, compreendido naquele país como norma primária, não transformou o referido país em um Estado autoritário ou menos democrático. MONTEIRO, Vera. *Princípio da Legalidade e os poderes normativo e regulamentar da Administração Pública*, in Revista de Direito Público da Economia – RDPE Ano 5, nº 20, Outubro/Dezembro, 2007, pp. 209-218.

<sup>359</sup> ESTORNINHO, Maria João. *A fuga...*, cit., 1999, p. 56. Assim também: CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso...*, cit., 2009, p. 55; MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2015, p. 73 e ss.

que a lei seja a única fonte de sua legitimidade”.<sup>360</sup> A juridicidade, como se vê, carrega em si uma “legalidade mais exigente”.<sup>361</sup>

Uma das vertentes do princípio da legalidade é reserva de lei, que indica que algumas matérias definidas na Constituição somente poderão ser tratadas por meio de lei em sentido estrito, não podendo, pois, ser normatizadas diretamente por meio de regulamentos. A reserva de lei formal para o tratamento pelo Poder Legislativo dos assuntos mais importantes a um grupo social é nomeada pela doutrina alemã de “princípio da reserva de parlamento” (*parlamentsvorbehalt*). Nessa linha, quando se debate o tema da reserva de lei, põe-se em perspectiva imediata a forma como se disciplina a distribuição de poder entre o legislativo e o Executivo.<sup>362</sup>

Conforme Galli, a reserva de lei será absoluta, quando implicar a obrigação de regular de forma completa, por lei, qualquer assunto específico, deixando para as fontes secundárias somente a promulgação das disposições relativas aos pormenores necessários para a sua implementação. A reserva relativa, segundo o mesmo autor, implica a obrigação de a lei estabelecer limites e critérios estabelecidos para a regulamentação da matéria, na qual a legislação secundária pode trabalhar para complementar a disciplina legal.<sup>363</sup>

Sobre as reservas absoluta e relativa, pode-se dizer que o sistema jurídico brasileiro apresenta similitude àquele referenciado por Galli. Com efeito, além do princípio da legalidade, já referenciado, existe também no Brasil o princípio da reserva legal ou simplesmente *reserva de lei*, estabelecido de forma absoluta ou relativa pela Constituição. A reserva absoluta se consubstancia quando uma norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal, “subtraindo-a, com isso, à disciplina de outras fontes”<sup>364</sup> a ela hierarquicamente subordinadas, como ocorre, por exemplo, com a criação de tipos penais e respectivas sanções<sup>365</sup> e também a instituição ou majoração de tributos<sup>366</sup>; há, por outro lado, a reserva relativa, hipótese em que a Constituição, apesar de também

---

<sup>360</sup> MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei...*, cit., 2002, p. 10.

<sup>361</sup> Conforme OTERO, Paulo. *Legalidade...*, cit., 2003, p. 15.

<sup>362</sup> GARCÍA MACHO, Ricardo. *Reserva de ley y potestad reglamentaria*. Barcelona: Editorial Ariel, 1988, p. 13.

<sup>363</sup> GALLI, Rocco. *Corso di Diritto Amministrativo*. 2. Ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 31.

<sup>364</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso...*, cit., 2011, p. 368.

<sup>365</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed. Saraiva: São Paulo. 1994, p. 24.

<sup>366</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 69.



exigir edição de lei formal no tratamento da matéria, permite que esta fixe tão-somente parâmetros de atuação para o órgão administrativo, que poderá complementá-la por meio de ato infralegal, a ser editado pela Administração Pública no uso do poder regulamentar, sempre, contudo, respeitados os limites ou requisitos estabelecidos pela aludida lei.<sup>367</sup>

Tangenciando o estudo dos regulamentos administrativos ao sistema jurídico brasileiro, não se pode perder de vista que a reserva de lei, seja absoluta ou relativa, cede espaço quando se fala na figura do regulamento independente (chamado no Brasil de decreto autônomo), que, à luz do art. 84, VI da Constituição e conforme já registrado, somente pode ser expedido visando a “organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos e também para a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”. Levando-se em consideração que a doutrina faz a separação entre poder regulamentar interno e externo da Administração, tem-se que este encontra seus principais limites substanciais, conforme lição de Enterría e Fernández adaptada à realidade brasileira, no respeito aos princípios normativos (como um todo e principalmente daqueles que informam a atividade administrativa), no controle de legalidade e constitucionalidade e irretroatividade do regulamento.<sup>368</sup>

Já o poder regulamentar interno, que, como dito, caracteriza-se como a prerrogativa que as autoridades superiores têm de disciplinar as autoridades subalternas, encontra fundamento no poder de auto-regulamentação e auto-organização próprio da Administração Pública (faces do poder público de autoridade). Por isso, tal poder não carece de autorização especial, pois entende-se que ele está institucionalmente concedido, de um modo geral, às autoridades hierarquicamente superiores, sendo despicienda disposição legal ou constitucional nesse sentido.<sup>369</sup>

Pode-se afirmar, por fim, com base na doutrina de García Macho, que precisamente entre os princípios da primazia da lei e da reserva de lei são estabelecidas as coordenadas dentro das quais poderá a Administração Pública editar regulamentos administrativos.<sup>370</sup>

---

<sup>367</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito...*, cit., 2006, p. 37.

<sup>368</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso...*, cit., 2011, pp. 119.

<sup>369</sup> DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Noções...*, cit., 2011, p. 158.

<sup>370</sup> GARCÍA MACHO, Ricardo. *Reserva...*, cit., 1988, p. 19.

## 1.8. O controle do poder regulamentar

A possibilidade de alguma atividade de interesse público não se submeter a mecanismos de controle, nos dias atuais, viola frontalmente a ideia de estado de direito, que é precisamente um dos pilares de sustentação do direito administrativo. Assim, todos os órgãos, pessoas naturais ou jurídicas (públicas ou privadas) que executam ou têm competência para executar tarefas públicas devem se submeter à ordem vigente, inclusive – e principalmente – aqueles que a elaboram, de forma a não existir órgão que possa legitimamente isentar-se ou subtrair-se dos mecanismos estatais e sociais de controle.<sup>371</sup>

No que tange à correção dos atos praticados pela Administração Pública, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema de jurisdição única, também conhecido como *sistema inglês*, por meio de expressa previsão no art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988<sup>372</sup>, o qual estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Significa dizer que todos os litígios, sejam aqueles envolvendo interesses apenas de particulares, sejam os que também afetam a Administração Pública, devem, em última análise, se submeter ao crivo do Poder Judiciário.<sup>373</sup>

Assim, se é certo afirmar que a Administração Pública, no Brasil, tem competência para decidir os processos administrativos de seu interesse, não é menos certo dizer que eventuais decisões administrativas jamais terão o condão de tornar-se materialmente imutáveis, isso porque o monopólio da jurisdição no sistema jurídico brasileiro pertence unicamente aos órgãos do Poder Judiciário. Por outros termos, pode-se afirmar que a decisão emanada da Administração Pública, depois de esgotados todos os recursos administrativos, torna-se irreformável apenas na seara administrativa, tendo em vista que a qualquer momento<sup>374</sup> referida decisão poderá ser revista pelos órgãos do Poder

---

<sup>371</sup> Conforme SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 449.

<sup>372</sup> O dispositivo em questão é materializa o princípio da inafastabilidade da jurisdição ou simplesmente princípio do acesso à Justiça, referido por Cappelletti e Garth da seguinte forma: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direitos de todos. O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, reimpressão 2002, pp.12-13.

<sup>373</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 34.

<sup>374</sup> Observados, obviamente, os prazos de natureza prescricional ou decadencial.

Judiciário, que são os únicos aptos constitucionalmente a produzir o fenômeno da coisa julgada.<sup>375</sup>

Embora a coisa julgada material, no Brasil, provenha apenas de decisões judiciais com trânsito em julgado, tal não significa que o controle dos atos da Administração esteja restrito ao Poder Judiciário. O controle dos regulamentos administrativos pode ser feito internamente pela própria Administração (controle administrativo), como também externamente pelo Poder Legislativo e principalmente pelo Poder Judiciário, neste último caso mediante provocação do interessado.<sup>376</sup>

A Administração Pública, com base no princípio da autotutela, inicialmente reconhecido pelo STF por meio das Súmulas 346<sup>377</sup> e 473<sup>378</sup> e posteriormente previsto no art. 53<sup>379</sup> da Lei Federal nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo Federal), possui competência para, mesmo *ex officio*, rever seus próprios atos, anulando os ilegais, ou revogando, a seu juízo, aqueles considerados inconvenientes ou inoportunos. Portanto, é possível o desfazimento de um regulamento administrativo pela própria Administração que o expediu por duas razões distintas: ilegalidade e inconveniência. Em caso de ilegalidade reconhecida pela Administração, o regulamento deverá ser anulado, com efeitos retroativos (*ex tunc*)<sup>380</sup>; por outro lado, caso a Administração proceda a um juízo de discricionariedade e reconheça a inconveniência de determinado regulamento administrativo, este deverá ser revogado, com efeitos prospectivos (*ex nunc*).

---

<sup>375</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 37.

<sup>376</sup> Não se pode perder de vista que além do controle exercido no âmbito dos três poderes, há órgãos independentes no sistema jurídico brasileiro que também possuem competência para o controle dos atos da Administração, como o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União, e, para além disso, existem instrumentos jurídicos que possibilitam o controle social da Administração, como o direito de petição, que será abordado adiante.

<sup>377</sup> STF Súmula nº 346: Administração Pública - Declaração da Nulidade dos Seus Próprios Atos. A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

<sup>378</sup> STF, Súmula 473: Administração Pública - Anulação ou Revogação dos Seus Próprios Atos. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

<sup>379</sup> Lei nº 9.784/99, art. 53: A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

<sup>380</sup> Importante a observação de Ana Raquel Gonçalves Moniz, segundo a qual “a retroatividade dos efeitos da declaração de invalidade tem associada a repristinação das normas por aquele revogadas”. Não haverá repristinação, alerta a professora, “quando as normas a repristinar forem, elas próprias, ilegais ou tenham deixado, por outro motivo, de vigorar (...)”. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2015, p. 286.

Assim, caso a Administração Pública entenda que determinado regulamento tornou-se juridicamente inoportuno ou inconveniente deverá invalidá-lo por meio da revogação, que poderá ser expressa ou tácita. Em caso de incompatibilidade entre o regulamento e a ordem jurídica, deverá a Administração promover a anulação do regulamento, por violação ao princípio da legalidade. No caso particular da anulação, não só a Administração Pública possui competência para a retirada do regulamento da ordem jurídica, mas também – e principalmente – o Poder Judiciário, que exerce controle externo de juridicidade dos regulamentos. Aliás, no sistema jurídico brasileiro o controle de legalidade dos regulamentos administrativos é feito quase que exclusivamente pelo Poder judiciário, mediante provocação dos particulares prejudicados, a partir, principalmente, do uso de remédios constitucionais como o Mandado de Segurança e a Ação Popular, entre outros. Em regra, a declaração judicial de ilegalidade de regulamentos, no direito brasileiro, opera seus efeitos apenas ao caso concreto, com eficácia *inter partes*. Diferentemente de Portugal, não há no ordenamento jurídico brasileiro norma legal a impor decisões de ilegalidade com força obrigatória geral, talqualmente ocorre na fiscalização abstrata de constitucionalidade. O efeito *erga omnes* somente incide em duas situações: a) quando um regulamento independente tem questionada e reconhecida abstratamente sua constitucionalidade frente à Constituição; a) quando um regulamento de execução tem sua legalidade questionada e reconhecida judicialmente por meio de ações específicas, cujas decisões emanam força obrigatória geral, tais como a ação popular<sup>381</sup> e a ação civil pública.<sup>382</sup>

No Brasil, conforme salientado anteriormente, cabe ao Poder Judiciário dar a última palavra sobre quaisquer tipos de conflitos, inclusive aqueles envolvendo a Administração Pública. Talvez pela inexistência de uma justiça administrativa<sup>383</sup> e conseqüentemente pela supervalorização das decisões emanadas do Poder Judiciário

---

<sup>381</sup> Lei nº 4.717/1965, art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível "erga omnes", exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

<sup>382</sup> Lei 7.347/1985, art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997)

<sup>383</sup> No sistema jurídico brasileiro, além da inexistência de uma Justiça Administrativa, as regras atinentes ao Direito Administrativo ainda não se encontram codificadas, isto é, não há, no Brasil, um Código Administrativo ou de Processo Administrativo, fato que gera insegurança jurídica e contribui para criar alguma desconfiança no cidadão relativamente às decisões advenientes de órgãos administrativos.

(aspecto cultural da sociedade brasileira), não tem sido admitido no Brasil que uma autoridade pública negue a aplicação de determinado regulamento, sob o argumento de sua invalidade. Por isso, embora seja possível do ponto de vista jurídico que a própria Administração Pública exerça controle de juridicidade sobre seus atos e regulamentos, na prática a retirada do mundo jurídico desses atos e regulamentos contrários ao direito ocorre quase que exclusivamente no âmbito do Poder Judiciário, mediante provocação de eventuais prejudicados.

Não obstante a maior eficácia da resolução de conflitos pela esfera judicial, há diversos direitos individuais previstos na Constituição de 1988 que são particularmente relevantes para o controle administrativo dos atos do Poder Público, a começar pelo direito de petição, o qual dispõe que são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas, “o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5º, XXXIV, “a”, CF/1988). Os regulamentos administrativos, portanto, podem ter sua validade e alcance questionados junto à própria Administração por meio do exercício do direito de petição e também por meio de vários recursos administrativos previstos na ordem jurídica brasileira, como o pedido de reconsideração, o recurso hierárquico e a reclamação, dentre outros.<sup>384</sup>

Importante mencionar que, na ordem jurídica brasileira, após a entrada em vigor da Lei nº 9.784/1999, passou a ser admitida a convalidação dos atos e regulamentos que apresentem vícios sanáveis<sup>385</sup>. Convalidação, não custa repetir, é uma forma de recomposição da legalidade administrativa<sup>386</sup>, que permite à Administração “aproveitar atos administrativos com vícios superáveis, de forma a confirmá-los no todo ou em parte”.<sup>387</sup> Segundo a doutrina, os defeitos tidos por sanáveis são os relativos à competência e à forma do regulamento.<sup>388</sup>

---

<sup>384</sup> Conforme CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 459-469; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, cit., 2015, pp. 882-890; NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 818-866, entre outros.

<sup>385</sup> Lei nº 9.784/99, art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

<sup>386</sup> Conforme Bandeira de Mello, convalidação “é o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, cit., 2015, p. 486.

<sup>387</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, cit., 2016, p. 170.

<sup>388</sup> Segundo a doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, “É que a regra geral deve ser a da nulidade, considerando-se assim graves os vícios que inquinam o ato, e somente por exceção pode dar-se a

Portanto, a depender do vício diagnosticado, no sistema jurídico brasileiro um regulamento administrativo poderá ser classificado como nulo ou anulável. Outrossim, será considerado nulo quando apresentar um defeito insanável, incorrigível<sup>389</sup>; ao contrário, será considerado anulável e, portanto, convalidável a critério da Administração (decisão discricionária), quando apresentar vícios sanáveis, assim considerados pela doutrina os vícios de competência ou de forma.<sup>390</sup>

Além da nulidade e anulabilidade dos regulamentos, há também nos sistemas jurídicos estrangeiros a possibilidade de recusa de aplicação de regulamentos pela Administração Pública com fundamento em invalidade<sup>391</sup>, tema este ainda praticamente desconhecido no direito brasileiro, talvez pelo exagerado apego à legalidade estrita no âmbito do direito administrativo interno.<sup>392393</sup> Bem por isso, estando um regulamento administrativo em vigor e apto à produção de efeitos, não se considera legítima a recusa de

---

convalidação de ato viciado tido como anulável”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, cit., 2005, p. 145. No mesmo sentido de Vladimir França, para quem “são sanáveis os vícios que não atinjam indelevelmente o conteúdo do ato, permitindo-se a preservação de sua eficácia mediante a expedição do ato administrativo de convalidação. Dito de outro modo, constituem defeitos sanáveis as falhas que, quando corrigidas, não impediram a repetição do ato viciado”. FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação administrativa na Lei Federal nº 9.784/99*, RDA, julho-setembro 2001, nº 225, p. 242.

<sup>389</sup> Para Ana Raquel Gonçalves Moniz, “A nulidade consubstancia uma consequência a associar às situações mais graves de violação dos parâmetros de vinculação apontados, devendo reservar-se para os vícios de conteúdo que inviabilizem o exercício de direitos fundamentais (*maxime*, de direitos, liberdades e garantias) e que atentem contra princípios ou normas de *ius cogens* internacional ou que (estando em causa uma mera ilegalidade) impeçam o exercício de direitos constitucional e legalmente protegidos de cidadãos ou entidades públicas, e ainda para as hipóteses em que a violação de normas de competência acarrete a ofensa do princípio da separação de poderes ou de autonomias normativas constitucional ou legalmente consagradas”. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2015, p. 289.

<sup>390</sup> Conforme SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 247.

<sup>391</sup> Esclareça-se que há bastante oscilação doutrinária acerca da desaplicação de regulamentos administrativos com fundamento em invalidade. O debate normalmente tem como ponto de tensão a questão da segurança jurídica dessa competência administrativa. Sobre a possibilidade de recusa, destaque-se, entre outros: MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A Recusa...*, cit., 2012; MEDEIROS, Rui. *A Decisão...*, cit., 1999; FLEINER, Fritz. *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*. J.C.B. Mohr, 1911.

<sup>392</sup> André Salgado de Matos sustenta que a “vinculação administrativa à Constituição e a competência que assiste a todo e qualquer órgão administrativo para a interpretação do direito que deva aplicar fundamentam uma *ilimitada competência administrativa de exame* da constitucionalidade das leis. Tal como sucede com qualquer competência em sentido próprio, a competência de exame assiste apenas aos *órgãos* e já não aos *meros agentes administrativos*”. MATOS, André Salgado de. *A Fiscalização...*, cit., 2004, pp. 487-488.

<sup>393</sup> Ao refletir sobre a juridicidade que deve nortear a conduta dos poderes públicos, bem como sobre a necessidade de tutelar o interesse público e ainda proteger os interesses dos particulares, Ana Raquel Gonçalves Moniz destaca que é possível – e mesmo exigível – que a Administração proceda à recusa de aplicação de regulamentos administrativos, com fundamento em invalidade, conforme já analisado em tópico próprio. Ressalte-se que a Administração Pública brasileira, talvez por um excesso de legalismo que muitas vezes leva a decisões administrativas injustas e incoerentes, nem de longe acena para a possibilidade de recusa de aplicação de regulamentos sob o fundamento de invalidade, como ocorre em Portugal. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A Recusa...*, cit., 2012, p. 349-350.

aplicação da aludida norma regulamentar pela autoridade administrativa, ainda que reste comprovada a “inadequação prático-normativa”<sup>394</sup> da norma regulamentar para a solução de um caso concreto.

Se a Administração Pública exerce, ou pelo menos deve exercer, ampla fiscalização sobre a legalidade e conveniência de seus regulamentos<sup>395</sup>, também – e principalmente – o Poder Judiciário<sup>396</sup>, conforme já dissemos, exerce controle externo sobre os atos da Administração Pública. Tal controle, no entanto, via de regra diz respeito apenas à legalidade do ato, eis que não cabe ao Poder Judiciário substituir a figura do administrador público para apreciar a conveniência e oportunidade de atos, regulamentos e contratos administrativos.

Os regulamentos de execução podem ter questionada judicialmente sua legalidade a qualquer momento; não podem, outrossim, ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade no sistema brasileiro, já que tais se caracterizam via de regra como normas secundárias derivadas de normas primárias<sup>397</sup>, estas sim passíveis de controle abstrato de constitucionalidade. As normas primárias possuem vinculação direta com a Constituição (art. 59 da Constituição de 1988)<sup>398</sup> e, bem por isso, podem ter aferida sua constitucionalidade de forma vertical, isto é, tendo por paradigma a própria

---

<sup>394</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A Recusa...*, cit., 2012, p. 350.

<sup>395</sup> Importante o magistério de Ana Raquel Gonçalves Moniz, para quem a suspensão, modificação. Revogação e declaração de invalidade de regulamentos também materializam o exercício do poder regulamentar, haja vista que se assentam “num desvalor do ato”. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2015, p. 292.

<sup>396</sup> Para Ana Raquel Gonçalves Moniz, “O controle judicial das normas regulamentares representa, nos tempos hodiernos, uma questão estrutural no contexto de um recentramento da temática do poder regulamentar, motivado por um aumento exponencial do número e do alcance das normas emitidas pelas diversas entidades públicas”. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudos...*, cit., 2012, p. 192.

<sup>397</sup> (...) Se a interpretação administrativa da lei, que vier a consubstanciar-se em decreto executivo, divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o ato secundário pretendeu regulamentar, quer porque tenha este se projetado *ultra legem*, quer porque tenha permanecido *citra legem*, quer, ainda, porque tenha investido *contra legem*, a questão caracterizará, sempre, a típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade, a inviabilizar, em consequência, a utilização do mecanismo processual de fiscalização normativa abstrata. O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que materialmente deve estar adstrito poderá configurar insubordinação executiva aos comandos da lei. Mesmo que, a partir desse vício jurídico, se possa vislumbrar, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da Carta Magna, ainda assim estar-se-á em face de uma situação de inconstitucionalidade reflexa ou oblíqua, cuja apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada. (STF, MC em ADIn 996-6, Rel. Min. Celso de Mello, publicada no DJ de 17.3.1994)

<sup>398</sup> Normas primárias, segundo o que dispõe o art. 59 da Constituição de 1988, são as seguintes: leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

Constituição.<sup>399</sup> Os regulamentos de execução, diferentemente, encontram seu fundamento de validade numa norma infraconstitucional, eis que geralmente não inovam a ordem jurídica, mas apenas trazem o detalhamento necessário à fiel execução de uma lei. Dessa forma, o parâmetro a ser utilizado para o controle do regulamento de execução é a própria lei habilitante, e não a Constituição. Trata-se, portanto, de controle de legalidade e não de constitucionalidade.

Diferentemente ocorre com os regulamentos independentes (decretos autônomos), que tanto podem ser anulados quanto declarados inconstitucionais, tendo em vista que existem por si só, ou seja, não retiram sua força de nenhuma lei, mas da própria Constituição. Deveras, o regulamento autônomo, pelo fato de inovar a ordem jurídica, caso se incompatibilize com os princípios e regras da Constituição se sujeitará ao controle de constitucionalidade, inclusive por meio de ação direta de inconstitucionalidade, prevista no artigo 102, I, a, da Constituição.<sup>400</sup> Portanto, atualmente é pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal segundo o qual o decreto autônomo que não se enquadrar nas hipóteses relacionadas no artigo 84, VI, da Constituição, deverá ser declarado inconstitucional.<sup>401</sup>

Após menção aos controles administrativo e judiciário, cabe registrar ainda a existência no ordenamento jurídico brasileiro de um importante mecanismo de controle, pelo Congresso Nacional, do exercício do poder regulamentar pela Administração, nos

---

<sup>399</sup> Para José Afonso da Silva, “do princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. A incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores”. SILVA, José Afonso da. *Curso...*, cit., 2011, p. 47.

<sup>400</sup> Segundo Uadi Lammêgo Bulos, “o controle concentrado de decretos e atos regulamentares é providência excepcional aceita pela jurisprudência do Pretório Excelso. Para viabilizar-se, é preciso que o decreto ou ato regulamentar seja autônomo”. BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p.170; no mesmo sentido, João Paulo Castiglioni Helal assim se manifesta: “Excepcionalmente, tem-se admitido a ação direta de inconstitucionalidade em face de decreto antinômico à Constituição, quando este, desviando-se de seu escopo de assegurar a fiel execução da lei, não a regulamenta de guisa total ou parcial, caracterizando-se como decreto autônomo”, e complementa dizendo que “O decreto que não visa a regulamentar lei ou que não se especia nela é um ato normativo autônomo, ferindo o princípio constitucional da reserva legal, sendo, por isso, passível de controle da constitucionalidade. Nas demais hipóteses, a questão situa-se no âmbito legal, não dando azo ao conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade que tem por objeto o decreto”. HELAL, João Paulo Castiglioni. *Controle da constitucionalidade: teoria e evolução*. Curitiba: Juruá, 2006, pp. 220-221.

<sup>401</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida liminar. Decreto 1.719/95. Telecomunicações: concessão ou permissão para a exploração. Decreto autônomo: possibilidade de controle concentrado. Ofensa ao artigo 84-1v da cf/88. Liminar deferida (STF, MC ADI 1435—8/DF, Rel. Ministro Francisco Resek, Publicação Diário da Justiça de 06.08.1999).



casos em que as balizas restritivas previstas na Constituição forem desrespeitadas. Tal instrumento está previsto no artigo 49, inciso V, da Constituição Federal<sup>402</sup>, configurando-se, como dito, como espécie de controle externo, isto é, controle exercido por um Poder da República sobre outro, neste caso, controle exercido pelo Poder Legislativo que tem por objetivo evitar arbitrariedade do Poder Executivo na expedição de regulamentos administrativos.<sup>403</sup>

Segundo o Supremo Tribunal Federal, o decreto legislativo, editado com fundamento no art. 49, V, da Constituição Federal, não se desveste dos atributos tipificadores da normatividade pelo fato de limitar-se, materialmente, a suspensão de eficácia de regulamento oriundo do poder executivo. Nesse sentido, também realiza função normativa o ato estatal que exclui, extingue ou suspende a validade ou a eficácia de uma outra norma jurídica. A eficácia derogatória ou inibitória das consequências jurídicas dos atos estatais constitui um dos momentos concretizadores do processo normativo, daí a razão de o decreto legislativo que venha a sustar um ato editado no exercício do poder regulamentar ser suscetível de controle abstrato de constitucionalidade.<sup>404</sup>

Há autores que sustentam que a competência conferida ao Congresso Nacional para a sustação de atos decorrentes do poder regulamentar violaria o princípio da separação de poderes, por evidenciar uma preeminência do Poder Legislativo sobre o Executivo, desequilibrando o sistema de freios e contrapesos<sup>405</sup>, no entanto, o Decreto Legislativo eventualmente editado pelo Congresso Nacional para a sustação de atos do poder regulamentar também pode ser, ele próprio, objeto de controle abstrato de

---

<sup>402</sup> Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

<sup>403</sup> Vejamos alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal: "O abuso de poder regulamentar, especialmente nos casos em que o Estado atua *contra legem* ou *praeter legem*, não só expõe o ato transgressor ao controle jurisdicional, mas viabiliza, até mesmo, tal a gravidade desse comportamento governamental, o exercício, pelo Congresso Nacional, da competência extraordinária que lhe confere o art. 49, V, da Constituição da República e que lhe permite 'sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (...)'. (AC 1.033-AgR-QO, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 25-5-2006, Plenário, DJ de 16-6-2006.).

<sup>404</sup> ADI nº 748-3/RS MC, Tribunal Pleno, Relator: Min. Celso de Mello, DJU 06.11.1992.

<sup>405</sup> Anna Cândida da Cunha Ferraz apresenta a seguinte crítica sobre a prerrogativa congressual: "Diversamente do controle político, construído sob a inspiração francesa, o controle de que trata o preceito do artigo 49, inciso V, configura controle político de constitucionalidade interórgãos. É criticável no tocante ao poder regulamentar, em razão da ofensa que faz à separação de poderes, uma vez que permite a superposição do Legislativo ao Executivo". FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 210.

constitucionalidade pelo STF<sup>406</sup>, devido à carga de normatividade que lhe é própria, razão pela qual entendemos que não há qualquer desarmonia no sistema de freios e contrapesos.

Pois bem, o adequado controle dos regulamentos administrativos exige na atualidade a aferição de sua compatibilidade não só com as leis mas com todo o sistema jurídico-normativo, devendo por isso a ideia de legalidade ser substituída pela de *juridicidade*, mais consentânea com o direito contemporâneo. Em outras palavras, a esfera de discricionariedade técnica ou administrativa na elaboração de regulamentos é limitada não apenas pela lei que se pretende regulamentar, mas também pelos princípios que informam a atividade administrativa, muitos deles expressamente previstos no corpo da Constituição, tais como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade (art. 37, CF/1988).<sup>407</sup>

Em síntese, o sistema jurídico brasileiro possibilita várias espécies de controle sobre os regulamentos expedidos pela Administração Pública ou por entidades privadas, mediante delegação estatal: o *controle administrativo*, que é exercido *ex officio* pela própria Administração e tem como objeto tanto a juridicidade como o mérito do regulamento; o *controle judicial*, por meio do qual a juridicidade de um regulamento administrativo pode ser aferida em qualquer tipo de ação judicial, sendo que os principais instrumentos colocados à disposição para o controle judicial da atividade administrativa são o *mandado de segurança* individual e coletivo (Lei nº 12.016/2009), a *ação civil pública* (Lei nº 7.347/1985), a *ação popular* (Lei nº 4.717/1965) e a ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992), entre outros; o *controle legislativo*, consubstanciado na prerrogativa conferida pelo art. 49, V da Constituição de 1988 ao Congresso Nacional de

---

<sup>406</sup> Regulamento - balizas - sustação - Executivo *versus* Legislativo. Mostra-se constitucional decreto legislativo que implique sustar ato normativo do Poder Executivo exorbitante do poder regulamentar. Teto - aplicação - lei e regulamento. O regulamento pressupõe a observância do objeto da lei. Extravasa-a quando, prevista a aplicação do teto de remuneração de servidores considerada a administração direta, autárquica e fundacional, viabiliza a extensão às sociedades de economia mista e empresas públicas. (STF, ADI 1553/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgamento 13.05.2004).

<sup>407</sup> Na atualidade, não só as regras mas também os princípios vinculam a atividade administrativa do Estado, como será tratado detalhadamente nos próximos capítulos desta investigação. Neste sentido, entre tantos: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Organizador/Tradutor Luís Afonso Heck, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011; ANDRADE, J. C. Vieira de. *Legitimidade da Justiça Constitucional e princípios da maioria*. In Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio do 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra: Ed. Coimbra, 1995; BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. São Paulo: Renovar, 2006; STRECK, Lenio Luiz. *A concretização de direitos e a validade da tese da Constituição Dirigente em países de modernidade tardia*. In Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal. São Paulo: Renovar, 2004; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003.

sustar regulamentos que ultrapassem os limites do poder regulamentar; e, por fim, o controle exercido pelos órgãos independentes (Ministério Público e Tribunal de Contas) e ainda pelo cidadão (controle popular) sobre a juridicidade dos regulamentos administrativos.

## 1.9. Indicação da sequência

Pois bem, o estudo sobre regulamentos administrativos, na atualidade, comporta várias outras abordagens também relevantes<sup>408</sup>, além da inclusão de temas que sequer foram mencionados neste capítulo, dada a sua desnecessidade para os fins que se almeja atingir. A ideia aqui não era apresentar um contributo para a teoria dos regulamentos, mas apenas retratar os aspectos mínimos necessários relativamente ao poder regulamentar e, conseqüentemente, ao regulamento administrativo, de modo a propiciar ao leitor a exata compreensão do objeto de pesquisa.

Como o tema da investigação retrata a responsabilidade civil extracontratual do Estado pela não expedição de regulamentos administrativos, houve a necessidade de apresentar ao leitor o poder regulamentar da Administração Pública, indicando seus fundamentos em diferentes ordenamentos jurídicos e também seus limites. Nesse panorama, evidenciou-se que no Brasil o poder regulamentar extrai sua força diretamente do texto constitucional (art. 84, incisos IV e VI) e pode se manifestar por meio de duas frentes distintas: o *regulamento executivo*, como regra geral e, por exceção, o *regulamento independente*, neste último caso exclusivamente para matérias específicas, referenciadas e comentadas ao longo deste capítulo que se encerra. Já o regulamento executivo, como foi possível notar, faz parte do cotidiano jurídico-administrativo da Administração Pública brasileira, pois rotineiramente o parlamento remete as leis por ele criadas ao Poder Executivo, para regulamentá-las, com vistas a operacionalizar-lhes a execução. Daí a importância de apresentar, como fizemos, a organização político-administrativa brasileira, de modo a identificar os órgãos e entidades que exercem o poder regulamentar no cenário

---

<sup>408</sup> Para aprofundamento do estudo sobre regulamentos administrativos, sugere-se, entre outros: MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A recusa...*, cit., 2012; MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2015; GONÇALVES, Pedro. *Entidades...*, cit., 2008; QUEIRÓ, Afonso. *Teoria...*, cit., 2000; QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Teoria...*, 2ª parte, cit., ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Legislación delegada, potestade reglamentaria y control judicial*. Madrid: Civitas, 1988.

jurídico interno, com destaque para as *agências reguladoras*, autarquias *especiais* que expedem atos normativos para a regulação de serviços públicos delegados a entidades privadas.

O estudo acerca da natureza jurídica do regulamento administrativo, no qual foram examinadas as distinções entre leis e regulamentos e entre estes e outros modos de agir da Administração Pública (como atos administrativos e contratos) permitirá ao leitor identificar a expedição de regulamentos administrativos como nítida materialização da função administrativa. Dessa compreensão decorre a certeza de que a expedição de regulamentos impostos pela ordem jurídica não se situa na esfera de discricionariedade do administrador público, como ocorre com o legislador relativamente ao seu dever genérico de legislar. A expedição de regulamentos administrativos, quando determinada por uma lei (sentido amplo) habilitante, revela encargo específico endereçado ao administrador público competente, que diante do dever jurídico de expedir a norma regulamentar não pode se quedar inerte, sob pena de sua omissão ser caracterizada como ilícita.

Portanto, é inequívoca a linha de conexão entre o objeto de estudo deste capítulo e o tema da presente investigação. Assim, passa-se ao capítulo subsequente, que se debruçará sobre as omissões legislativas e também sobre as consequências jurídicas que delas derivam, para que, passo a passo, seja possível adentrar o núcleo da pesquisa, que é a investigação sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado nos casos de não edição de regulamentos administrativos.

## CAPÍTULO 2. OS INSTRUMENTOS JURÍDICO-PROCESSUAIS DE COMBATE À INÉRCIA NORMATIVA EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO E A NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UMA VIA ALTERNATIVA

*“O cidadão se constitui através de sua submissão à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico. Aqui está latente a cidadania, o sentimento de que cada indivíduo é membro de uma comunidade nacional configurada por um Direito que o eleva à condição de cidadão livre e não à de súdito”.*<sup>409</sup>

### 2.1. Notas introdutórias

Após o estudo, na primeira parte desta pesquisa, dos principais contornos atinentes ao poder regulamentar da Administração Pública (e, como visto, em alguns casos, também de entidades privadas), e dando sequência ao objetivo que se pretende atingir com esta investigação, passa-se agora ao estudo dos instrumentos jurídico-processuais existentes na ordem jurídica brasileira que possibilitam o combate às omissões normativas, consideradas aqui em seu sentido *lato*, de modo a englobar tanto as omissões advenientes do Poder Legislativo em relação aos comandos constitucionais quanto as omissões normativas que decorrem do não uso do poder regulamentar, especificamente no que concerne a não expedição de regulamentos administrativos.

Nas últimas décadas, muito se tem discutido sobre a inércia estatal que se contrapõe aos comandos normativos da Constituição, circunstância que acaba por evidenciar inequívoco desapego entre a *vontade* constitucional e realidade político-social de um Estado, revelando, nesta perspectiva, clara “devalorização da constituição escrita na democracia ocidental”<sup>410</sup> e também, para além disso, alguma vulnerabilidade à consolidação do Estado constitucional<sup>411</sup>. Em um primeiro plano, forçoso concluir que o incumprimento dos mandamentos constitucionais fere de morte o princípio da supremacia

---

<sup>409</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento...*, cit., 2004, p. 102.

<sup>410</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970, p. 222.

<sup>411</sup> Para Peter Häberle, o “Estado constitucional pretende que seus textos sejam realizados, que se cumpram socialmente”, isto é, que tragam para si a realidade e convertam a normatividade própria da constituição numa “normatividade social”. HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Trad. de Héctor Fix-Fierro. Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 230.

da Constituição<sup>412</sup>, devido à dessincronia entre o *querido* pelo legislador constituinte e o *realizado* pelos poderes públicos; noutra perspectiva, agora num viés jurídico-sociológico, as omissões inconstitucionais deflagram um processo social de descrédito constitucional, fazendo com que o cidadão comum enxergue a Lei Suprema, em alguma medida, nem como *lei* e menos ainda como *suprema*, criando com isso um abismo entre o *dever-ser* próprio das normas jurídicas<sup>413</sup> e a realidade posta, situação que revela certo esvaziamento do conteúdo normativo do texto constitucional e o transforma, guardadas as devidas proporções, em mera *folha de papel*.<sup>414/415</sup>

A supremacia da Constituição, vale dizer, está associada à ideia de uma jurisdição constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*), definida por Cappelletti em seu aspecto funcional como “a função de tutela e atuação judiciária dos preceitos da suprema lei constitucional”<sup>416</sup>. Nesse ângulo, pode-se dizer que a garantia jurisdicional da Constituição, portanto, materializa-se na existência de uma jurisdição constitucional, que se circunscreve, no dizer de Kelsen, como “um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”<sup>417</sup>. Também é possível afirmar que a jurisdição constitucional é *gênero* do qual o controle de constitucionalidade,

---

<sup>412</sup> A supremacia da Constituição, que será mais bem alicerçada adiante, em tópico próprio, é referenciada por Cappelletti como sendo decorrência “da grande *descoberta* do pensamento moderno”. Referido autor, a partir da ideia da supremacia, refere-se às Cartas Constitucionais como leis supremas “vinculatórias até para o legislador”. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das Leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves, 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris - Editores, 1992, p. 10.

<sup>413</sup> Segundo Kelsen, “o dever-ser – a norma – é o sentido de um querer, de um ato de vontade e – se uma norma constitui uma prescrição, um mandamento – é o sentido de um ato dirigido à conduta de outrem, de um ato, cujo sentido é que um outro (ou outros) deve (ou devem) conduzir-se de determinado modo”. KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris – Editores, 1986, p. 06.

<sup>414</sup> A conhecida expressão foi utilizada por Lassalle em sua clássica obra, de modo a evidenciar que a Constituição real e verdadeira é aquela que reproduz os “fatores reais de poder” em cada Estado e em cada época. LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumem Juris, 2001, p. 17.

<sup>415</sup> Segundo o magistério de José Afonso da Silva, a “Constituição de 1988 foi feita com características de instrumento de transformação da realidade nacional. Será assim na medida em que se cumpra e se realize na vida prática. (...) As leis que ela postula serão as garras e as esponjas que a fazem grudar na realidade que ela visa a reger, ao mesmo tempo que se impregna dos valores enriquecedores que sobem do viver social às suas normas. Que se cumpra para durar e perdurar, enriquecendo-se da seiva humana que nutre e immortaliza, se antes disso o processo de reformas neoliberais, de interesse dos detentores do poder, não a liquidar, pela desfiguração sistemática”. SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 259.

<sup>416</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle...*, cit., 1992, p. 25.

<sup>417</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2013, pp. 123-124.

que adiante será estudado, é *espécie*. Aliás, nessa linha, pode-se afirmar ainda que “a função qualitativamente mais importante da jurisdição constitucional é o controle de constitucionalidade”<sup>418</sup> que, a seu turno, pelo menos em teoria, propicia resguardar a primazia constitucional.

Rui Medeiros, ao fazer percuciente alerta acerca da jurisdição constitucional, afirma que embora esta constitua um instrumento importante para assegurar a supremacia da Constituição, não esgota<sup>419</sup>, neste aspecto, a instrumentária ao serviço da proteção da Lei Fundamental<sup>420</sup>, haja vista que, segundo o mencionado autor português, a própria Administração Pública, presentes certas circunstâncias, pode e deve desaplicar leis inconstitucionais, perspectiva que também é defendida por outros autores<sup>421</sup>, com destaque para André Salgado de Matos, que desenvolveu dissertação de mestrado específica sobre o tema.<sup>422423424425</sup>

---

<sup>418</sup> SOSPEDRA NAVAS, Francisco José. *Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales*. Pamplona: Thomson Reuters, 2011, pp. 65-66.

<sup>419</sup> A Professora Maria Benedita Urbano adverte que “A justiça constitucional não esgota a garantia da constituição – ou, por outras palavras, não tem o monopólio da garantia da aplicação da constituição –, sendo apenas um dos meios, porventura o mais usado e eficaz, certamente o mais conhecido, para assegurar que a constituição será respeitada e aplicada. A garantia da constituição é assegurada ainda, de forma genérica, pela afirmação do princípio da separação dos poderes e, de forma mais específica, pelos requisitos ou limites à revisão constitucional, pelas garantias que sempre têm que ser salvaguardadas mesmo nas situações de anormalidade ou excepcionalidade constitucional (como estado de sítio ou estado de emergência), pela vinculação de todos os poderes públicos à constituição, pela consagração da responsabilidade civil do Estado (v.g., do Estado-legislador, do Estado-juiz) por violação da constituição, designadamente dos direitos fundamentais, etc.”. URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional – Evolução histórica e modelos de controlo de constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 11.

<sup>420</sup> MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade - Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999, p. 49.

<sup>421</sup> Para Ana Cláudia Nascimento Gomes, “O dever de fundamentação expressa (como dever instrumental que é) é assim *conditio sine qua non* para a legitimidade excepcional do ‘poder de rejeição de lei inconstitucional’ e para a perfeição fática e jurídica do ato de desaplicação”. GOMES, Ana Cláudia Nascimento. *O Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais pela Autoridade Administrativa no Direito Português e no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 341 e ss.

<sup>422</sup> MATOS, André Salgado de. *A Fiscalização...*, cit., 2004.

<sup>423</sup> No mesmo sentido, sustenta a Professora Ana Raquel Gonçalves Moniz, com fundamento na juridicidade que deve nortear a conduta dos poderes públicos, bem como sobre a necessidade de tutelar o interesse público e ainda proteger os interesses dos particulares, que é possível – e mesmo exigível – que a Administração proceda à recusa de aplicação de regulamentos administrativos, com fundamento em invalidade. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A Recusa...*, cit., 2012, p. 349-350.

<sup>424</sup> Deve-se registrar que também há doutrina em sentido contrário, isto é, não reconhecendo a existência de um poder autónomo da Administração que possa decidir pela desaplicação de uma norma jurídica, com fundamento em validade. Esta é a posição de OTERO, Paulo. *A Fiscalização da Constitucionalidade em Portugal*. Cadernos de Direito, 5 (8-9), jan./dez., 2005, pp. 121/130.

<sup>425</sup> Por fim, para Blanco de Moraes, “Esta desaplicação equivaleria a uma fiscalização concreta difusa da constitucionalidade que não precludiria a possibilidade de uma ulterior intervenção da Justiça Constitucional, em processo abstracto e concreto, que teria sobre a controvérsia a última palavra”. MORAIS, C. Blanco de.

Pois bem, quando se fala em tutela das normas constitucionais, um modo específico e não menos grave de violação à Constituição ganha destaque nos dias hodiernos: a inatividade (ou omissão) normativa. Com efeito, o legislador (ou administrador público) pode infringir a constituição não só pelos seus atos, mas também com seus *silêncios*.<sup>426</sup> As omissões de natureza normativa, do ponto de vista histórico, passaram a ser reconhecidas e consideradas pelo Direito notadamente após o surgimento do Estado social<sup>427</sup> e atualmente podem ser identificadas em todas as funções do Estado<sup>428</sup>. Pode-se afirmar, contudo, que comumente tais omissões se relacionam às funções legislativa e política, além, também, da função administrativa, esta em escala menor mas crescente, designadamente no que concerne a não expedição de regulamentos administrativos requeridos ou ordenados por normas de *status* superior. Em razão desse estado de coisas, os sistemas jurídicos em todo o mundo têm instituído internamente mecanismos de combate às omissões normativas, ou, quando ausentes tais mecanismos, a exemplo da França e da Espanha, adaptado outros instrumentos por meio da jurisdição constitucional, na tentativa de evitar tais omissões ou, não sendo isso possível, ao menos minimizar as consequências nocivas que delas derivam. Os instrumentos criados pelo direito, contudo, têm se preocupado muito mais com as omissões normativas propriamente ditas do que com as consequências danosas que delas podem derivar, como, *v. g.*, a ocorrência de eventuais prejuízos patrimoniais experimentados por particulares em decorrência da mora normativa do Estado.

São diversas as espécies de omissões normativas que repercutem na esfera dos direitos individuais. Com efeito, há omissões imputáveis ao Poder Legislativo, assim como também há comportamentos omissivos imputáveis à Administração Pública em decorrência do não exercício da função administrativa. Particularmente em relação à inércia administrativa, pode-se afirmar que entre as condutas mais graves e nocivas que

---

*Fiscalização da constitucionalidade e garantia dos direitos fundamentais*. Revista Direito Mackenzie, ano 3, nº 2, 2002, p. 120.

<sup>426</sup> VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La inconstitucionalidad por omision*. Madrid: MacGraw-Hill, 1997, p. 3.

<sup>427</sup> Conforme lição de CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 109.

<sup>428</sup> MIRANDA, Jorge. *A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão*. Revista Direito e Liberdade. ESMARN. Vol. 14, nº 1, pp. 09-38 – jan/jun 2012.



podem caracterizar uma má administração<sup>429</sup> está a *inatividade* normativa, compreendida como a omissão por parte da Administração Pública relativamente ao exercício de uma atividade jurídica legalmente devida e materialmente possível<sup>430</sup>. Trata-se, designadamente, de uma *inatividade normativa qualificada*, circunstância que provoca um vazio jurídico exageradamente comum no Brasil, e que, como dito, se materializa ante a *não* expedição de regulamentos administrativos por parte da Administração Pública, quando para tanto reclamada.

O núcleo da presente pesquisa, vale rememorar, é o estudo da inatividade normativa especificamente voltada ao exercício (na verdade, não exercício!) da função administrativa, isto é, sobre a *não* expedição de regulamentos administrativos e suas possíveis consequências de ordem reparatória. Assim, para que cheguemos seguros a tal desiderato, importa, antes, examinar o referencial teórico das omissões normativas dentro de um contexto mais amplo, a fim de identificar cada uma de suas espécies e também os instrumentos criados pelos sistemas jurídicos de diferentes Estados para o combate ou ao menos a diminuição dos efeitos perniciosos que muitas vezes decorrem do silêncio normativo.

No Brasil, as omissões inconstitucionais são combatidas por meio de dois instrumentos: a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* (fiscalização abstrata de constitucionalidade) e o remédio constitucional nomeado *mandado de injunção*. Ocorre que, além da quase total inocuidade observada no direito interno em relação aos efeitos de tais mecanismos, não há no arcabouço normativo interno, ou mesmo na doutrina, um suporte jurídico minimamente adequado à busca por eventual reparação de dano, quando este resulte da omissão estatal. Por outras palavras, os instrumentos jurídicos de combate à inércia normativa no Brasil, além de carecerem de efetividade para a adequada repressão ao silêncio estatal, não possibilitam, por outro lado, a eliminação de outros efeitos jurídicos eventualmente provocados pela omissão normativa, em especial, como dito, os possíveis danos patrimoniais experimentados por particulares em decorrência da mora estatal.

O estudo sobre as omissões inconstitucionais e de outros temas que lhe são afins perpassa necessariamente pela análise, ainda que sintética, da supremacia da Constituição

---

<sup>429</sup> Conforme KUUSIKKO, Kirsi. *Advice, good administration and legitimate expectations: some comparative aspects*. In *European Public Law*, vol. 7, n.º 3, 2007, pp. 461 e ss.

<sup>430</sup> PUENTE, Marcos Gómez. *Responsabilidad por inactividad de la Administración*. In *Documentación Administrativa – DA*, n.º 237-238 (enero-junio 1994).

em relação às demais normas do ordenamento jurídico interno, da existência de uma jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade de normas, além de outros temas que a estes estão conexionsados.

## 2.2. A superlegalidade material da Constituição

Diferentemente do que ocorre com as normas em geral, a Constituição não encontra seu fundamento de validade em outras normas de *status* superior; sua base de sustentação jurídico-social emana de forças determinantes da sociedade que a precedem.<sup>431</sup> Eis aí, em poucas palavras, a ideia de *poder constituinte*<sup>432433434</sup>, cujo titular, segundo a doutrina contemporânea, não pode ser outro nos dias atuais senão o povo<sup>435</sup>. Na doutrina

---

<sup>431</sup> BÖCKENFÖRDE, Ernst. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, pp. 159 e ss.

<sup>432</sup> Embora estejamos a nos referir ao poder constituinte *originário*, importa fazer referência também ao poder constituinte derivado ou constituído, de natureza subordinada, secundária e condicionada e, que, do ponto de vista político, segundo Paulo Bonavides “Deriva da necessidade de conciliar o sistema representativo com as manifestações diretas de uma vontade soberana, competente para alterar os fundamentos institucionais da ordem estabelecida”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 146.

<sup>433</sup> Um dos temas de maior vastidão no Direito Constitucional é o *poder constituinte*. Ao longo da história, surgiram controvérsias sobre as variadas acepções da expressão “poder constituinte” e também sobre quem seria o titular desse poder. Segundo o pensamento de Emmanuel Sieyès, que funda sua teoria na soberania nacional, a titular do poder constituinte seria a nação e não o povo; o povo, segundo Sieyès, é o conjunto de indivíduos, é um mero coletivo, uma reunião de indivíduos que estão sujeitos a um poder, ao passo que nação é mais do que isso: é a encarnação de uma comunidade em sua permanência, nos seus interesses constantes, interesses que eventualmente não se confundem nem se reduzem aos interesses dos indivíduos que a compõem em determinado instante. Ferreira Filho, ao explicar toda a problemática enfrentada no Século XVIII para a conclusão de Sieyès em relação a doutrina da soberania nacional, explicita que na atualidade praticamente todos os autores reconhecem como titular do poder constituinte não a *nação* mas propriamente o *povo*, embora impossível, segundo o autor, num estudo jurídico, afirmar quem é o titular do poder constituinte. Explica-se: o poder constituinte tem por titular o povo. Mas a obscuridade permanece relativamente ao que é o *povo*. A resposta a esta última pergunta sempre dependerá do caráter ideológico do debate. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 11 e ss.

<sup>434</sup> Segundo a visão de Friedrich Müller, o *poder constituinte do povo* não é, à maneira da ontologia, uma substância ou essência: também não, de forma por assim dizer ontológica, algo efetivamente existente, como e. g. ‘poder/violência’, ‘força’ ou ‘vontade’. Se, por um lado, o Conselho Federal ou órgãos especiais da legislação, do Poder Executivo e do Judiciário, baseiam-se em prescrições constitucionais, e se, por outro lado, também revelam possuir um lado material, uma realidade física e social, já o poder constituinte carece de tal materialização. A única afirmação que se pode fazer dele com bons argumentos é a seguinte: o poder constituinte é uma expressão de linguagem e, como expressão nos diplomas constitucionais, um texto escrito. MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 19.

<sup>435</sup> Canotilho afirma que o poder constituinte “se revela sempre como uma questão de ‘poder’, de ‘força’ ou de ‘autoridade’ política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma Constituição entendida como lei fundamental da comunidade política”, para, na sequência, acrescentar que, “hoje, o titular do poder constituinte só pode ser o povo e que o povo, na actualidade, se

tradicional, o poder constituinte (originário) normalmente era concebido como um poder *inicial, ilimitado e incondicionado*<sup>436</sup>, caracterização esta que há muito já não encontra ressonância na doutrina moderna.<sup>437</sup>

Nesse sentido, parte da doutrina sustenta que o poder constituinte encontraria limites transcendentais que correspondem a imperativos de *direito natural*<sup>438</sup>, devendo-se em face disso reconhecer uma “axiologia transpositiva que não está na disponibilidade do positivo constitucional ou de que não é titular sem limites o poder constituinte”.<sup>439</sup> Interessante a visão de Antonio Negri, que ao argumentar sobre a crise atual do conceito de poder constituinte, relaciona tal poder à *democracia*<sup>440</sup> e o define, na perspectiva da ciência

---

entende como uma grande pluralística formada por indivíduos, associações, grupos, igrejas, comunidades, personalidades, veiculadores de interesses, ideias, crenças e valores, plurais, convergentes ou conflituantes”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, pp. 59/60. No mesmo sentido GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional*. v. I, Coimbra: Almedina, 2005, pp. 625 e ss; e ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Traducción y prólogo de Miguel Carbonell, Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 71.

<sup>436</sup> Manoel Gonçalves Ferreira Filho sintetiza as características do poder constituinte originário da seguinte forma: “É ele *inicial* porque não se funda noutro, mas é dele que derivam os demais poderes. O seu segundo traço característico é diversamente designado conforme a corrente doutrinária. Todas estas correntes estão de acordo em reconhecer que ele é *ilimitado* em face do Direito positivo (no caso a Constituição vigente até sua manifestação). A este caráter os positivistas designam *soberano*, dentro da concepção de que, não sendo limitado pelo Direito positivo, o Poder Constituinte não sofre qualquer limitação de direito, visto que para essa escola o Direito somente é Direito quando positivo. Os adeptos do *jusnaturalismo* o chamam de autônomo, para sublinhar que, não limitado pelo Direito positivo, o Poder Constituinte deve sujeitar-se ao Direito natural. Enfim, ele é *incondicionado* no sentido de que não tem fórmula prefixada nem forma estabelecida para a sua manifestação.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 52-53.

<sup>437</sup> As teorias setecentistas do poder constituinte que reconheciam tal poder como *ilimitado e incondicionado* de há muito já não guardam compatibilidade com o direito de nossos tempos. Nesse sentido é a lição de Canotilho, para quem “a domesticação jurídica do poder constituinte veiculada pelo estabelecimento de limites ao poder constituinte derivado ou poder de revisão originará, por sua vez, outros momentos de perplexidade jurídica e política. Referimo-nos ao chamado paradoxo da democracia: como ‘pode’ um poder estabelecer limites às futuras gerações? Como pode uma constituição colocar-nos perante um dilema contramajoritário ao dificultar deliberadamente a ‘vontade de gerações futuras’ na mudança de suas leis? Revelar-se-ia, assim, o constitucionalismo de uma antidemocrática básica impondo à soberania do povo ‘cadeias para o futuro’ (Rousseau)”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 74.

<sup>438</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo 2. 4ª ed. Ed. Coimbra, 2000, p. 17.

<sup>439</sup> NEVES, António Castanheira. *A Revolução e o Direito*. Lisboa, 1976, p. 230.

<sup>440</sup> Segundo Antonio Negri, “Falar de poder constituinte é falar de democracia. Na era moderna, os dois conceitos foram quase sempre correspondentes e estiveram inseridos num processo histórico que, com a aproximação do século XX, fez com que se identificassem cada vez mais. Em outros termos, o poder constituinte não tem sido considerado apenas a fonte onipotente e expansiva que produz as normas constitucionais de todos os ordenamentos jurídicos, mas também o sujeito desta produção, uma atividade igualmente onipotente e expansiva. Sob este ponto de vista, o poder constituinte tende a se identificar com o próprio conceito de política, no sentido com que este é compreendido numa sociedade democrática. Portanto, qualificar constitucional e juridicamente o poder constituinte não será simplesmente produzir normas constitucionais e estruturar poderes constituídos, mas sobretudo ordenar o poder constituinte enquanto sujeito, regular a política democrática”. NEGRI, Antonio. *O poder constituinte – ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2002, p. 7.

jurídica, simplesmente como a “fonte de produção das normas constitucionais, ou seja, o poder de fazer uma constituição e assim ditar as normas fundamentais que organizam os poderes do Estado”<sup>441</sup>. Schwartz, por sua vez, ao analisar as peculiaridades do sistema jurídico norte-americano, sustenta que é possível visualizar “uma verdadeira hierarquia de legisladores dentro do Estado”<sup>442</sup> para, na sequência afirmar que no ápice dessa hierarquia “encontra-se a Assembleia Constituinte, à qual só ao povo delegou a autoridade de criar o instrumento orgânico que rege o Estado”.<sup>443</sup>

A realização político-jurídica do poder constituinte originário é a Constituição, que, para o sentido que interessa a esta pesquisa, é a “base da ordem jurídica e a fonte de sua validade”.<sup>444</sup> Sendo a Constituição o fundamento e o limite de atuação legislativa, a primazia constitucional<sup>445</sup> é o fator que define o modo e o grau de vinculação do legislador ao texto constitucional, o que não significa ferir a autonomia política do legislador nem, por outro lado, torná-lo mero executor constitucional. Por outros termos, ao se pretender controlar a omissão inconstitucional, tema que será detalhado na sequência, adverte Villaverde Menéndez que não se está menoscabando a relevante função desempenhada pelo Poder Legislativo, nem muito menos obrigando o legislador a legislar, mas sim restabelecendo a supremacia constitucional.<sup>446</sup>

Noutra vertente, a defesa da Constituição está intimamente conexas com a ideia de um *sentimento constitucional*, que, na lição de Verdú é a expressão capital da afeição pela justiça e pela equidade, porque concerne ao ordenamento fundamental, que regula, como valores, a liberdade, a justiça e a igualdade, bem como o pluralismo jurídico<sup>447</sup>. A ordem fundamental é suprema e se impõe a todos e, em especial, à própria

---

<sup>441</sup> NEGRI, Antonio. *O poder...*, cit., 2002, p. 8-9.

<sup>442</sup> SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Trad. Carlos Nayfeld, Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 26.

<sup>443</sup> SCHWARTZ, Bernard. *Direito...*, cit., 1966, p. 26.

<sup>444</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso...*, cit., 2012, p. 20.

<sup>445</sup> Schwartz, comentando a realidade norte-americana, afirma que tal supremacia advém da “própria teoria da forma republicana de governo; pois, de outro modo, os atos do Legislativo e do Executivo se tornariam na realidade supremos e incontroláveis, não obstante as proibições ou limitações contidas na Constituição, sobrevivendo em consequência usurpações de caráter extremamente evidente e perigoso, sem qualquer remédio ao alcance dos cidadãos”. SCHWARTZ, Bernard. *Direito...*, cit., 1966, p. 25.

<sup>446</sup> VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La inconstitucionalidad...*, cit., 1997, p. 5.

<sup>447</sup> Pablo Lucas Verdú apresenta a seguinte definição de sentimento constitucional: “O sentimento constitucional consiste na adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente porque estima-se (sem que seja necessário um conhecimento exato de suas peculiaridades e funcionamento) que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência”. VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento...*, cit., 2004, p. 75.

lei<sup>448</sup>. O sentimento constitucional, portanto, suscita um entusiasmo mais chamativo, público e representativo do que o simples sentimento jurídico ordinário, isto é, *legal*. Paralelamente, continua o autor, “o ressentimento constitucional é mais grave do que o ressentimento jurídico”<sup>449</sup>.

A supremacia constitucional<sup>450</sup> também indica que os ordenamentos jurídicos organizam suas normas a partir de planos distintos, formando um escalonamento normativo de diferentes níveis, dentre os quais a Constituição se situa no plano mais elevado<sup>451</sup>. No dizer de Kelsen, cada grau da ordem jurídica constitui, ao mesmo tempo, uma produção de direito com respeito ao grau inferior e uma reprodução do direito com respeito ao grau superior.<sup>452453454</sup>

---

<sup>448</sup> Para Paulo Bonavides, “quanto mais a lei se ‘dessacraliza’ e fica minguante com a erosão de sua legitimidade, mais cresce e pontifica a Constituição, sede maior da nova legitimidade, e que desempenha o sumo papel de inspiradora, ordenadora e diretora de todo o ordenamento jurídico. A Constituição é cada vez mais, num consenso que vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania”. BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição...*, cit., 2004, p. 127.

<sup>449</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento...*, cit., 2004, p. 70.

<sup>450</sup> A Constituição brasileira de 1988 não menciona expressamente em seu texto o princípio da supremacia constitucional; outras, diferentemente, estabelecem tal supremacia no próprio corpo da Constituição, a exemplo do que ocorre com as Constituições de Portugal de 1976 (art. 3º, 2 e 3) e da Espanha de 1978 (art. 9, 1 e 3).

<sup>451</sup> Em lúcida lição, Kelsen assim se refere à supremacia da Constituição: “A norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser *pressuposta*, visto que não pode ser *posta* por uma sociedade, cuja competência teria de se fundar numa norma mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento de sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*).” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 217.

<sup>452</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição...*, cit., 2013, p. 126.

<sup>453</sup> Por certo que a afirmação de Kelsen merece uma releitura nos dias atuais, devendo, pois, ser interpretada *cum grano salis*. Com efeito, basta ver a realidade do direito comunitário europeu deste início de século XXI, que nos permite assistir e mesmo participar da construção de um novo direito, de caráter supranacional e, conseqüentemente, de “desconstrução ou, pelo menos, de remodelação do direito interno”, face à existência de uma nova ordem jurídica mundial. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Introducción al derecho constitucional*. 3ª edición. Madrid: Tecnos, 2014, p. 83.

<sup>454</sup> Ainda nesse contexto de direito comunitário, afirma Canotilho que: “No artigo 7º/6 (aditado ao texto originário da Constituição pela revisão constitucional de 1992) consagra-se a abertura constitucional para a construção da união europeia. Mediante a autorização para o exercício em comum de alguns poderes soberanos, estabelece-se o fundamento jurídico-constitucional para a participação de Portugal na União Europeia. Através deste exercício em comum de poderes soberanos, Portugal passou a aceitar a sua integração numa comunidade supranacional, daí resultando, desde logo, duas conseqüências jurídico-constitucionais de particular relevância: (1) a soberania exclusiva dos órgãos do poder político no âmbito de validade e eficácia da Constituição portuguesa sofre as restrições resultantes da ‘partilha de poderes’; (2) a abertura da ordem jurídica portuguesa ao direito comunitário resultante da integração europeia implica a

A partir dessa posição privilegiada e abrangência normativa geral torna-se possível à Constituição propagar seus reflexos normativos para todas as demais normas internas. Assim, pode-se afirmar que toda Constituição, seja ela escrita ou costumeira, rígida ou flexível, retira de seu próprio conteúdo uma *condição de supremacia*<sup>455</sup>. Nessa perspectiva, internamente a Constituição passa a ser o fundamento último de validade de todo e qualquer ato normativo, sendo o paradigma político-normativo do Estado, ou, noutros termos, “a rainha de todas as leis e atos normativos, a *lex legum*”.<sup>456</sup> Essa supremacia constitucional em relação às outras normas decorre de uma lógica formal, baseada na simples hierarquia de normas, e também de uma lógica substancial, esta ligada ao princípio da soberania nacional.<sup>457</sup>

Não obstante a primazia própria das Constituições, no caso específico das Cartas ditas *dirigentes*, como as do Brasil e de Portugal, entre outras, a efetividade de suas normas (todas as normas!) revela-se na atualidade, no dizer de Canotilho, como uma “má utopia”, isto é, como o “caminho de ferro social e espiritual através do qual vai peregrinar a *subjectividade projectante*”<sup>458</sup>, dado o distanciamento entre o texto escrito e o mundo dos fatos. Esse afastamento é ainda maior quando se toma por base as *omissões inconstitucionais*, que de forma reiterada e por anos a fio têm confirmado que a diretividade constitucional não logrou o êxito desejado pelo constituinte originário, se é que realmente foi almejado algum êxito, situação que, para Canotilho, guarda triste semelhança ao “riso da mulher trácia”.<sup>459</sup>

---

validade e aplicação directa na ordem interna do direito comunitário europeu”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 367.

<sup>455</sup> FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 5. ed., São Paulo: RT, 1971. pp. 11-12.

<sup>456</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128.

<sup>457</sup> MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, 2004, p. 705.

<sup>458</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador (Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas)*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. IX.

<sup>459</sup> O Professor Canotilho, numa análise realista acompanhada por algum desânimo, nos traz a seguinte lição sobre as constituições dirigentes: “A Constituição dirigente, ou melhor, os textos constitucionais de programaticidade – desde a velha constituição mexicana de 1918, até a Constituição brasileira de 1988, passando pela magna carta portuguesa de 1976 – estão num *fosso* sob o olhar implacável de muitos escárnios e mal-dizeres. Aos adeptos dos dirigismos e directividades vinculados através de normas – e sobretudo constitucionais – acontece hoje o que já aconteceu a Tales de Mileto há milhares de anos. São vítimas de risos irónicos semelhantes aos da mulher-serva da Trácia que acorreu aos gritos de socorro do astrólogo milésico caído num poço quando observava à noite as estrelas. Durante muito tempo esta *queda* e este *riso* tiveram um relevante significado cultural: o descrédito dos teóricos – e dos construtores de utopias, acrescentamos nós – mais prestos a captar o mundo das estrelas do que a olhar para as coisas da terra. O

A compreensão do princípio da supremacia da Constituição pressupõe o entendimento de outra importante característica que com esta guarda conexão: a *rigidez*<sup>460</sup> constitucional, entendida como a maior dificuldade para se promover alteração ou modificação no texto constitucional, quando comparada ao processo legislativo utilizado para a elaboração das demais normas jurídicas.<sup>461</sup> O sistema das Constituições rígidas assenta numa distinção primacial entre poder constituinte e poderes constituídos. Da rigidez, ensina Paulo Bonavides, procede “a supremacia incontestável da lei constitucional sobre as demais regras do direito vigente num determinado ordenamento”.<sup>462</sup>

A rigidez constitucional produz efeitos práticos que se conxionam com o princípio da hierarquia das normas e a construção escalonada do ordenamento jurídico, bem como ao processo de controle de constitucionalidade. Para além disso, acelera a interiorização coletiva do texto constitucional, em decorrência da estabilização dos valores nela plasmados.<sup>463</sup>

Com a ideia de supremacia da Constituição<sup>464</sup> aliada à sua rigidez, torna-se possível conceber a existência de uma *jurisdição constitucional*, cuja função é a defesa e proteção da Constituição<sup>465</sup>, e consequentemente da existência do controle de

---

trágico da queda não estará, hoje, só na incapacidade de os mira-estrelas assentarem os pés no chão e tentarem compreender as armadilhas da *praxis*. Mais do que isso: o ruir dos muros revelou com estrondo que a queda não tinha sequer a grandeza do pecado. O poço onde se caiu não é uma cisterna em que a água brota cristalina das profundezas da terra, antes se reduz a uma simples cova, a um fosso banal lamacento e sem fondura. O riso irónico da serva trácia esse transmuta-se em escárnio de multidões, e, o olhar para longe fica prisioneiro da fragilidade de um chão aberto a terremotos”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição...*, cit., 2001, p. VIII. (Canotilho faz referência ao texto da seguinte forma: O significado cultural do episódio a que nos referimos no texto foi analisado brilhantemente por Hans Blumenberg, O Riso da Mulher da Trácia. Uma pré-história da Terra. Lisboa, 1994 (original alemão de 1987: *Das Lachen der Träckerin. Eine Urgeschichte der Theorie*, Frankfurt/M)).

<sup>460</sup> Chemerinsky refere-se à rigidez como principal fundamento para se reconhecer a primazia das normas constitucionais em relação às demais normas do ordenamento, devido simplesmente ao maior grau de dificuldade para se promover modificações na Carta Constitucional, procedimento este previsto, no caso específico dos EUA, no art. 5º da Constituição. CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*. Fourth Edition. New York: Wolters Kluwer, 2011, pp. 06-07.

<sup>461</sup> A ideia de *superlegalidade formal*, ensina Canotilho, justifica a “tendencial *rigidez* das leis Fundamentais, traduzida na consagração, para as leis de revisão, de exigências processuais, formais e materiais, ‘agravadas’ ou ‘reforçadas’ relativamente às leis ordinárias”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 890.

<sup>462</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso...*, cit., 2015, p. 303.

<sup>463</sup> MORAIS, C. Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo I, Coimbra Editora, 2006, p. 63.

<sup>464</sup> Sobre o princípio da supremacia da Constituição, vale conferir trecho da obra sempre atual de Ruy Barbosa: “O acto legislativo é o querer expresso da legislatura, ao passo que a Constituição é o querer expresso do povo. A este cabe supremacia. Se o acto legislativo o contradiz, írrito será: não é lei.”. BARBOSA, Ruy. *Commentários á Constituição Federal Brasileira*. 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1932, p. 12.

<sup>465</sup> Para Schwartz, “o poder de interpretar as leis implica forçosamente a função de determinar se elas estão em conformidade com a constituição, ou não; e, se não estiverem, (deve-se) declará-las nulas e ineficazes”.

constitucionalidade como o mecanismo que objetiva garantir a efetividade dessa supremacia, porquanto permite verificar a compatibilidade formal ou material de atos normativos (ou omissões) emanados do *Poder Público*<sup>466</sup> com os princípios e regras da Constituição.

Tem-se, portanto, que a Constituição rege os comportamentos dos órgãos do poder que se movam no âmbito do direito interno. Em consequência, todos os atos oriundos desses órgãos estatais, seja em relação aos seus pressupostos, elementos ou requisitos, devem guardar conexão com os ditames constitucionais<sup>467</sup>, sob pena de serem erradicados do ordenamento. Nesse prisma, é possível afirmar que a primazia da Constituição tem, como hoje é pacificamente reconhecido, um duplo significado: é *regra de colisão* e, além disso, vale como *critério de interpretação* ou como *instrumento hermenêutico*.<sup>468</sup>

Desse modo, a partir do momento em que esse conjunto de normas denominado *constituição* passou a ser reconhecido como uma *superlegalidade material*<sup>469</sup> que assegura sua hegemonia hierárquica sobre as demais normas, também passou a ostentar a posição de base de sustentação de todo o sistema jurídico do Estado, servindo, em consequência, como paradigma para a verificação da adequação das normas inferiores aos seus princípios e regras.<sup>470471</sup>

---

SCHWARTZ, Bernard. *Direito...*, cit., 1966, p. 25

<sup>466</sup> Segundo o magistério de Canotilho, “O objeto de controlo da constitucionalidade são normas jurídico-públicas. Excluem-se, assim, da fiscalização judicial da Constituição os actos normativos privados”. No entanto, esclarece o professor português que é logicamente possível que um ato material, ainda que praticado por entidades privadas, possa vir a ofender a Constituição, citando como exemplos a criação de associações de natureza ‘militar’, ‘paramilitar’ ou ‘fascista’. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 890.

<sup>467</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito...*, Tomo II, cit., 2001, p. 11.

<sup>468</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão...*, cit., 1999, p. 289.

<sup>469</sup> GARCIA DE ENTERRIA, E. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 2. ed. Madrid: Ed. Civitas, 1982, p. 50.

<sup>470</sup> O sentido conceitual de *regras e princípios* utilizado nesta investigação é aquele emanado do magistério de Robert Alexy, segundo o qual princípios e regras são normas que expressam um “*dever ser*”, podendo, ambas, serem apoiados por um *modal deontico*. Com base nisso, tem-se que não há mais lugar para as infundáveis discussões havidas no século passado sobre a normatividade dos princípios. A diferença entre regra e princípio é apenas de “*qualidade e não de grau*”. Nesse contexto, a teoria de Alexy inova ao conceituar os princípios como “*mandamentos de otimização*”, querendo com isso dizer que os princípios determinam que algo seja realizado dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, “*mas na maior medida possível*”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 83-86.

<sup>471</sup> Já segundo a doutrina de Dworkin os princípios se diferenciam das regras por permitirem uma maior aproximação entre o direito e os valores sociais. Os princípios acabam por indicar determinada direção, mas não impõem uma solução em particular, talqualmente ocorre com a regra. Ainda conforme o referido autor, princípios e regras “estabelecem *standards* que direcionam para decisões particulares sobre obrigações jurídicas em circunstâncias determinadas, mas diferenciam-se em relação ao caráter de direção que estabelecem. Regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Se ocorrem os fatos estipulados pela regra,



Assim, a superioridade normativa das normas constitucionais que decorre da supremacia da Constituição implica o “princípio da conformidade dos actos do Estado com a Constituição”<sup>472</sup>, sob pena de serem declarados inválidos e retirados do ordenamento jurídico. Para tanto, o sistema de controle de constitucionalidade funciona como um mecanismo indispensável para a efetivação da segurança jurídica, através da fiscalização das normas que se mostrem contrárias à Lei Maior. Em razão de a *supremacia* colocar a Constituição como modelo de validade dos demais atos normativos, faz-se necessária a existência de ferramentas, que serão conhecidas oportunamente, que garantam a efetiva adequação – ou a exclusão do ordenamento – das normas inferiores que sejam contrárias aos princípios e regras nela inseridos.

Todas as espécies de controle de atos normativos de um Estado pressupõem, necessariamente, a ideia de supremacia da constituição frente ao ordenamento jurídico inferior, além de, em certa medida, sua *rigidez*, não obstante mesmo sem esta seja possível exercer controle de constitucionalidade, embora de alcance mais reduzido. Assim, se é verdade que a rigidez constitucional está vinculada à *superlegalidade* formal da Constituição e à existência do controle de constitucionalidade, isso “não significa que haja uma correlação necessária entre rigidez e fiscalização jurisdicional”<sup>473</sup>. Com base nessa premissa, afirma Canotilho que pode haver rigidez sem controle jurisdicional, como é o caso da “Constituição francesa de 1875, que, sendo rígida, excluía qualquer controle judicial. Além disso, é óbvio que qualquer constituição (mesmo as flexíveis) tem intrínseca certa rigidez substancial baseada na proibição implícita de modificações ou alterações dos princípios fundamentais nela consagrados”<sup>474</sup>.

Portanto, é possível afirmar que mesmo as constituições ditas *flexíveis* admitem em alguma medida o *controle*. Nessa linha, ensina Marcelo Neves que “uma Constituição formal-flexível tem um limite, transposto o qual suprime-se a Constituição e outra se põe”<sup>475</sup>. Noutra perspectiva, se em princípio as inconstitucionalidades materiais são incompatíveis com o modelo de constituição flexível, não se pode deixar de observar que

---

então ou a regra é válida, caso em que a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que em nada contribui para a decisão”. DWORKIN, Ronald. *Taking...*, cit., 1999, p. 24.

<sup>472</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 246.

<sup>473</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 890.

<sup>474</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 890-891.

<sup>475</sup> NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 90.

tais inconstitucionalidades não se verificam apenas em relação às condutas positivas ou negativas do Poder Legislativo, mas também relativamente a normas ou omissões atinentes ao exercício da função administrativa, sendo, por isso, admitido em alguma medida o controle formal e material mesmo em constituições flexíveis.<sup>476</sup>

Se os atos normativos inferiores que colidem com as regras e princípios da Constituição devem sucumbir<sup>477</sup> perante a primazia do texto constitucional, a omissão normativa que também vai de encontro a um mandamento constitucional, por outro lado, também é conduta indesejável e prejudicial à coletividade, possuindo, pode-se dizer, uma carga de ilicitude ainda mais repulsiva, ante a expectativa inicialmente criada pelo poder constituinte e posteriormente frustrada pelos poderes constituídos. Idêntico desapontamento também é perceptível nos casos em que o Poder Legislativo cria uma lei assegurando direitos a particulares e a Administração Pública, que segundo aludida norma deveria proceder à sua complementação, tornando-a exequível, não expede o regulamento administrativo necessário à concretização dos direitos reconhecidos pelo legislador ordinário. O silêncio normativo, em casos assim, tem provocado muita inquietação no mundo jurídico devido às suas graves consequências para os indivíduos e, de outro lado, também pela dificuldade enfrentada por parte da doutrina e também da jurisprudência para compreender esse fenômeno e adequá-lo ao direito.

### **2.3. A caracterização da inatividade normativa qualificada**

O dever de legislar ou, no âmbito administrativo, de editar os regulamentos administrativos necessários ao exercício de direitos individuais surge a partir do momento em que existe uma norma válida e eficaz, de índole constitucional ou infraconstitucional, mas de *status* superior, a exigir tal comportamento do legislador ou daquele que exerce poder público de autoridade.<sup>478</sup> Em situações normais do cotidiano político, o silêncio do

---

<sup>476</sup> MIRANDA, Jorge. *Contributo...*, cit., 1996, pp. 36 e ss.

<sup>477</sup> Para Schwartz, “Como a constituição é a lei suprema do país, num conflito entre esta e as leis, sejam elas de que natureza forem, é dever do judiciário cumprir apenas isso, ou seja, desaplicá-las. Essa é uma obrigação do judiciário”. SCHWARTZ, Bernard. *Direito...*, cit., 1966, p. 25.

<sup>478</sup> O poder público de autoridade, já abordado no primeiro capítulo, é definido pelo professor Pedro Gonçalves “como o poder abstracto – estabelecido por uma norma de direito público – conferido a uma sujeito para, por acto unilateral praticado no desempenho da função administrativa, editar regras jurídicas, provocar a produção de efeitos com repercussão imediata na esfera jurídica de terceiros, produzir declarações

legislador geralmente é tido como um comportamento juridicamente inócuo e, em alguns casos, como uma simples *maneira de fazer política*.<sup>479</sup>

Entretanto, há casos em que a constituição “nega ao legislador sua autonomia democrática”<sup>480</sup>, retirando sua discricionariedade para livremente legislar e convertendo-o em mero executor do desejo constitucional. Com efeito, se a própria constituição exige que o poder público expeça um ato normativo que torne efetivo algum dispositivo constitucional, isso se dá pela especial importância que tal dispositivo encerra, pois se assim não fosse a Constituição deixaria que o legislador atuasse segundo a discricionariedade que lhe é inerente<sup>481</sup>. Em situações assim desenhadas, o silêncio do legislador pode e deve ser controlado pelos mecanismos jurídico-políticos, pois deixa de ser um comportamento inócuo para se transformar em uma omissão contrária à constituição<sup>482</sup>, portanto, ilegítima.

De fato, há casos em que o legislador constituinte, de forma proposital, optou por remeter ao Poder Legislativo e, em menor escala, ao Executivo, a responsabilidade de conferir concretude à Constituição, seja pela impossibilidade de esgotar no corpo do texto constitucional todas as minúcias sobre determinado tema, seja porque entendeu que em determinados assuntos o Poder Legislativo (ou Executivo) poderia cumprir com mais eficiência suas atribuições fazendo uma prévia e necessária valoração sobre interesses eventualmente não perspectivados pela Carta Constitucional. Neste cenário, a inatividade normativa do legislador passa a contrariar diretamente a constituição, pois acaba por produzir uma alteração material em seu texto.<sup>483</sup>

É certo, como já referenciado, que nem sempre o legislador está vinculado a um dever peremptório de legislar. Dentro do cotidiano político-institucional, o legislador possui mera faculdade e não propriamente um dever de legislar, senão quando há uma

---

às quais a ordem jurídica reconhece uma força especial ou ainda empregar meios de coação sobre pessoas e coisas”. GONÇALVES, Pedro. *Entidades...*, cit., 2008, p. 608.

<sup>479</sup> Conforme VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La inconstitucionalidad...*, cit., 1997, p. 1.

<sup>480</sup> VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La inconstitucionalidad...*, cit., 1997, p. 6.

<sup>481</sup> Conforme VILLOTA BENAVIDES, María Susana. *El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas em el contexto del Estado social de derecho*. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 42, nº 117, julio-Diciembre, Medellín, 2012, p. 467.

<sup>482</sup> Segundo a doutrina de Villaverde Menéndez, “se o silêncio do legislador ou de suas leis pode criar ou conservar situações contrárias à Constituição, se transformará, portanto, numa omissão inconstitucional”. VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La inconstitucionalidad...*, cit., 1997, p. 51.

<sup>483</sup> O silêncio do legislador só se transforma em uma omissão contrária à constituição, afirma Menéndez, “se com seu silêncio o legislador se converte em poder constituinte, alterando o conteúdo normativo da constituição”. VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La inconstitucionalidad...*, cit., 1997, p. 4.

norma de hierarquia superior a determinar a conduta positiva. Portanto, o poder *genérico* de legislar, analisado abstratamente, se consubstancia numa verdadeira *faculdade* de legislar, porquanto a decisão de impulsionar o processo de feitura de normas situa-se na sua esfera de discricionariedade do legislador.<sup>484</sup> Não obstante, outra é a situação quando há imposição constitucional (ou legal) a exigir a atuação normativa, circunstância que por si só retira tal providência da órbita de discricionariedade do legislador e a transfere para a categoria das condutas cogentes, obrigatórias, que não admitem valoração sobre sua conveniência ou oportunidade.<sup>485</sup>

A função legislativa como mero exercício de um poder-faculdade situa-se, como dito, na esfera de discricionariedade do legislador e não possui relevância prática para a presente pesquisa; a omissão normativa que contraria disposição legal ou constitucional, ao contrário, ofende gravemente a ordem jurídica e, bem por isso, deve ser objeto de controle por meio dos instrumentos criados pelo direito interno de cada Estado. A existência de omissões juridicamente relevantes é um fenômeno que se encontra nas mais diversas áreas jurídicas. Tais silêncios, segundo Jorge Miranda, ocorrem sempre que, perante uma obrigação de *facere*, e mandando, direta ou indiretamente, a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo ato ou certa atividade nas condições que estabelece, “o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo útil, e a esse comportamento se liguem consequências mais ou menos adequadas”.<sup>486</sup> Em síntese, a omissão inconstitucional não é qualquer silêncio normativo, mas o silêncio normativo específico, isto é, aquele que cria situações jurídicas contrárias à Constituição.<sup>487</sup>

A omissão inconstitucional pode ser imputada a qualquer função do Estado<sup>488</sup> e decorre, como dito, do incumprimento de mandados constitucionais permanentes e

---

<sup>484</sup> Nesse sentido, entre outros, MELLO. Barbosa de. *Sobre o problema...*, cit., 1988.

<sup>485</sup> Para Ahumada Ruiz, “a omissão normativa se identifica com uma forma peculiar de manifestação de vontade do legislador sugundo o antigo brocardo ‘*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*’ (Quando a lei quis, determinou; sobre o que não quis, guardou silêncio)”. AHUMADA RUIZ, Maria Angeles. *El control...*, cit., 1991, 170.

<sup>486</sup> MIRANDA, Jorge. *A fiscalização...*, cit., 2012.

<sup>487</sup> VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La inconstitucionalidad...*, cit., 1997, p. 48.

<sup>488</sup> Nesse sentido é a lição de Jorge Miranda: “Relativamente a quaisquer funções do Estado objeto de disciplina pela Constituição, não custa surpreender manifestações possíveis – e não apenas teóricas – de comportamentos omissivos, sejam omissões de atos normativos, sejam de atos de conteúdo não normativo ou individual e concreto. Sucede isto com a função legislativa e com a função política ou de governo e, em alguns casos, com a revisão constitucional; sucede isto com a função administrativa e pode suceder até com a função jurisdicional. Tais comportamentos vêm, assim, a ser inconstitucionais ou ilegais, consoante os casos, e podem ainda revelar-se ilícitos”. (...) “Por seu lado, ilegalidade (ou inconstitucionalidade indireta, para

concretos.<sup>489</sup> A omissão normativa ilegal, a seu turno, dimana do descumprimento de uma lei que necessita da expedição de regulamento administrativo para sua concretude. No Brasil, as omissões inconstitucionais (e também ilegais) em sua esmagadora maioria estão relacionadas às funções legislativa e administrativa. As omissões legislativas inconstitucionais comumente se relacionam ao não complemento das *normas de eficácia limitada*<sup>490</sup>, circunstância que retira dos cidadãos os direitos que lhe foram atribuídos pela Carta Constitucional; as omissões normativas imputadas à Administração Pública, tão graves quanto as primeiras, podem também contrariar diretamente a Constituição ou, como é mais comum, violar a lei, quando esta requer a expedição de regulamentos administrativos para sua operacionalização e tais regulamentos, de forma injustificada, permanecem adormecidos nas gavetas do *poder administrativo*, suprimindo com isso direitos assegurados pelo legislador ordinário.

Como já é possível notar, o estudo das omissões normativas pressupõe a compreensão de uma premissa inafastável: o *dever geral* de legislar, pautado pela discricionariedade do Poder Legislativo, não se confunde com o *dever específico* de produção normativa.<sup>491</sup> No exercício dos poderes públicos há omissões normativas simples, que, para esta pesquisa, não guardam maior relevância, e outras, que serão designadas *inatividades normativas qualificadas* ou *omissões inconstitucionais (ou ilegais)*, que violam diretamente a constituição (ou a lei) e, por isso, serão examinadas detalhadamente. Noutros termos, deve-se desde logo atentar para a distinção entre um

---

alguns) por omissão vem a ser a que se traduz na não publicação das normas regulamentares de que dependa a efetivação de certa lei”. MIRANDA, Jorge. *A fiscalização...*, cit., 2012, pp. 09-38.

<sup>489</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?* Inconstitucionalidad por omisión, Bogotá: Temis, 1997, p. 14.

<sup>490</sup> As normas constitucionais de eficácia limitada, que serão analisadas oportunamente, são aquelas “que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado”. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 81-85.

<sup>491</sup> (...) O direito à legislação só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir – simultaneamente imposta pelo próprio texto constitucional – a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público. Para que possa atuar a norma pertinente ao instituto do mandado de injunção, revela-se essencial que se estabeleça a necessária correlação entre a imposição constitucional de legislar, de um lado, e o conseqüente reconhecimento do direito público subjetivo à legislação, de outro, de tal forma que, ausente a obrigação jurídico-constitucional de emanar provimentos legislativos, não se tornará possível imputar comportamento moroso ao Estado nem pretender acesso legítimo à via injuncional. (STF, MI 723/AgR. Rel. Min. Celso de Mello. Pleno. Julgamento 28.05.2014.).

simples *não fazer*, sem consequência para o direito, de uma omissão normativa relevante, assim compreendida aquela que agride a ordem jurídica e coloca em desamparo o cidadão.

A omissão enquanto pura atitude negativa<sup>492</sup>, como salientado, não tem o condão de gerar materialmente algum prejuízo<sup>493</sup>; já a inatividade normativa *qualificada* geralmente produzirá consequências jurídicas, que serão adiante identificadas e diagnosticadas. A inação normativa, pois, torna-se passível de controle judicial “sempre que frustrar o propósito constituinte”<sup>494</sup> ou, no caso específico de omissão atinente ao exercício da função administrativa, sempre que defraudar um comando normativo superior.

A inatividade que importa ao direito, portanto, configura-se como um comportamento que, embora passivo, “não é de forma alguma neutro”<sup>495</sup>, porquanto apto a gerar consequências de variadas índoles, de acordo com as circunstâncias relacionadas à conduta omissiva. Não se trata de mera lacuna legislativa, pois enquanto a omissão juridicamente relevante é necessariamente voluntária, a lacuna normativa, diferentemente, pode produzir-se mesmo de forma involuntária.<sup>496</sup> A omissão legislativa que interessa ao direito, nas palavras de Canotilho, é aquela que guarda conexão com uma “exigência constitucional de acção”.<sup>497498</sup>

Adequando tal ideia à problemática que será enfrentada nesta pesquisa, que se relaciona à omissão da Administração Pública relativamente ao dever de expedição de regulamentos administrativos, pode-se afirmar que a omissão legislativa, em sentido amplo, se materializa por meio do incumprimento de um dever jurídico específico, de natureza normativa, imposto pela Constituição ou por normas infraconstitucionais, de

---

<sup>492</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. Vol. I. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 528.

<sup>493</sup> O Código Civil Português dispõe no seu art. 486º da seguinte forma: “As simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia por força de lei ou de negócio jurídico, o dever de praticar o acto omitido.”. Registre-se que o atual Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002) não trata da figura da omissão em dispositivo específico, como ocorre no direito luso.

<sup>494</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 122.

<sup>495</sup> SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas. Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 11.

<sup>496</sup> Conforme VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La inconstitucionalidade por omisión de los silêncios legislativos*. In Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario nº 8, 1996, p. 131 e ss.

<sup>497</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 1033.

<sup>498</sup> Canotilho acrescenta que o conceito de omissão legislativa “não é um conceito naturalístico, reconduzível a um simples ‘não fazer’, a um simples ‘conceito de negação’. Omissão, em sentido jurídico-constitucional, significa não fazer aquilo a que se estava constitucionalmente obrigado”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 1033.

produzir uma lei ou expedir um regulamento administrativo. Portanto, não apenas a inércia do Poder Legislativo ganha relevo nesta pesquisa, mas também – e principalmente – a inatividade normativa adveniente da Administração, que ocorre quando esta descumpre o dever jurídico específico de editar regulamentos administrativos.

Verificar a existência de uma inatividade normativa qualificada, do ponto de vista primário ou secundário, importa em fazer um “juízo de discrepância entre o comportamento real do legislador e o comportamento que dele se esperaria, considerando os deveres de actuação a que está vinculado”<sup>499</sup>, independentemente de tal amarração resultar do próprio texto constitucional ou de outra fonte legal ou supralegal. Caracteriza-se, pois, por uma “abstenção indevida”<sup>500</sup>, ou seja, pelo silêncio normativo voluntário nas hipóteses em que a ordem jurídica estava a exigir uma prestação normativa de natureza positiva. Admitir como adequado o incumprimento consciente do dever de legislar, recusando efetividade à constituição ou às leis significa contribuir para que haja verdadeira “erosão da consciência constitucional”<sup>501</sup>. Dentro desse contexto, adverte André Puccinelli, a omissão legislativa inconstitucional não deve ser aferida em face do sistema constitucional em bloco, mas em referência a uma norma constitucional certa e determinada, “cuja exequibilidade é dependente de integração normativa”.<sup>502</sup>

Ressaltou-se anteriormente que o silêncio normativo somente será ilícito quando presente o dever de agir. Este, por sua vez, pode emergir, segundo lição de Jorge Pereira da Silva, a partir de quatro hipóteses específicas<sup>503</sup>: o dever de *concretização de normas constitucionais*, o dever de *proteção de direitos fundamentais*, o dever de *correção ou adequação de leis vigentes* e o dever de *reposição da igualdade violada*.<sup>504</sup> Os deveres específicos de editar atos normativos emanam de uma norma constitucional ou infraconstitucional que impõe uma conduta positiva ao legislador ou ao administrador público; o exercício do dever geral de legislar, a seu turno, depende de juízo de discricionariedade de seus titulares. Ainda sobre os deveres específicos, importa salientar

---

<sup>499</sup> SILVA, Jorge Pereira da. *Dever...*, cit., 2003, p. 12.

<sup>500</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão...*, cit., 2007, 118.

<sup>501</sup> LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1979, p. 226.

<sup>502</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão...*, cit., 2007, 118.

<sup>503</sup> Além dos deveres específicos, Jorge Pereira da Silva alude ao dever geral de produção legislativa, que impende abstratamente sobre o conjunto dos órgãos legislativos. SILVA, Jorge Pereira da. *Dever...*, cit., 2003, p. 21.

<sup>504</sup> SILVA, Jorge Pereira da. *Dever...*, cit., 2003, p. 21.

que estes decorrem de uma “dimensão impositiva com uma dimensão temporal e outra dimensão material”<sup>505</sup>, isto é, haverá dever específico se a discricionariedade do legislador ou de quem lhe faça as vezes tiver sido eliminada por uma norma jurídica, não havendo, portanto, espaço para valoração sobre a conveniência e oportunidade na expedição do ato normativo requerido.

Dentre esses deveres específicos de legislar, um deles revela-se de especial importância para a presente investigação e será objeto de abordagem própria, em capítulo específico: o *dever de correção, adequação ou aperfeiçoamento das leis*, tema dentro da qual se insere o poder regulamentar da Administração Pública. Com efeito, é possível afirmar, ainda que com alguma precipitação, que não há discricionariedade administrativa por parte da Administração Pública em relação à expedição de regulamentos administrativos imposta pela Constituição ou por ato normativo infraconstitucional, quando o exercício de algum direito ou garantia depender de tais regulamentos.

Assim, se é certo que a inatividade normativa qualificada decorre do incumprimento injustificado de um dever específico de agir (legislar, em sentido amplo), também é certo que não é só o cumprimento desse dever que norteará a atuação jurídico-política. De fato, tão importante quanto o combate à omissão normativa qualificada é a busca pela reparação de eventuais danos que decorram de tal omissão estatal. Assim, na esteira de Jorge Pereira da Silva, a omissão legislativa relevante pode perspectivar não uma, mas duas consequências jurídicas distintas: a declaração de inconstitucionalidade por omissão e as consequências que dela derivam em cada sistema jurídico, e a reparação civil de eventuais danos advenientes do silêncio estatal.<sup>506</sup> As consequências da inatividade normativa qualificada podem ser inclusive – e principalmente – de ordem reparatória, considerando que a inércia estatal conduz a uma estranha situação de *ter e não ter*, em que o cidadão possui formalmente o direito, que, não obstante, não é concretizado pela inação estatal, circunstância esta que, por si, o impede de exercê-lo.

Pelo que foi exposto, tem-se que não é qualquer inatividade do legislador (primário ou secundário) que gerará alguma consequência jurídica. As decorrências, notadamente de ordem reparatória, poderão emergir a partir do momento que o Poder Judiciário declarar que o silêncio normativo viola a ordem jurídica, pelo dever de agir

---

<sup>505</sup> SILVA, Jorge Pereira da. *Dever...*, cit., 2003, p. 24.

<sup>506</sup> SILVA, Jorge Pereira da. *Dever...*, cit., 2003, pp. 89 e ss.



imposto pela própria Constituição ou por outras normas infraconstitucionais. Eventual implicação de ordem reparatória por certo que dependerá ainda da presença de pressupostos específicos, dentre os quais se pode mencionar, desde já, a possibilidade material e jurídica de atuação do poder público para suprir a omissão.

Em síntese, é possível afirmar, portanto, que a inatividade normativa qualificada é aquela que apresenta dois pressupostos inafastáveis: a) imposição constitucional ou legal a exigir a edição de lei ou regulamento administrativo; b) a possibilidade formal e material do poder público de atuar para dar cumprimento ao comando normativo superior.<sup>507</sup> Seguindo esta mesma linha, mas referindo-se especificamente à inatividade normativa adveniente do não exercício da função administrativa, Marcos Gómez Puente leciona que a inatividade administrativa ilegal somente poderá ser reconhecida a partir de três pressupostos: a existência de um dever jurídico de agir, a inatividade normativa propriamente dita e que a atividade devida seja materialmente possível.<sup>508</sup> Assim, a inatividade normativa estatal nas hipóteses em que a Administração Pública está estritamente vinculada a uma norma de *status* superior e, além disso, a atuação seja juridicamente possível, materializa um comportamento ilícito que viola os princípios da legalidade, proporcionalidade, moralidade e eficiência<sup>509</sup>, consubstanciando-se inequivocamente numa “fonte de responsabilidade”.<sup>510</sup>

A inatividade normativa qualificada pode ser total ou parcial<sup>511</sup>, pois omitir “não é só um não atuar, mas um – *também* – não atuar como se espera”<sup>512</sup>. No primeiro caso

---

<sup>507</sup> SEIWERTH, Jakob. *Zur Zulässigkeit de Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen*. Berlin: De Gruyter, 1962, p. 63; no mesmo sentido PUENTE, Marcos Gómez. *Responsabilidad...*, cit., 1994.

<sup>508</sup> GÓMEZ PUENTE, Marcos. *Responsabilidad...*, cit., 1994.

<sup>509</sup> Segundo o art. 37, *caput*, da Constituição de 1988: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

<sup>510</sup> GÓMEZ PUENTE, Marcos. *Responsabilidad...*, cit., 1994.

<sup>511</sup> Canotilho faz importante esclarecimento sobre as omissões parciais ao dizer “que o conceito jurídico-constitucional de omissão é compatível com omissões legislativas parciais ou omissões relativas, isto é, omissões derivadas de os actos legislativos concretizadores de normas constitucionais favorecerem certos grupos ou situações, esquecendo outros grupos e outras situações que preenchem os mesmos pressupostos de facto. Esta concretização incompleta tanto pode resultar de uma intenção deliberada do legislador em conceder vantagens só a certos grupos ou contemplar certas situações (*exclusão expressa ou implícita*), violando o princípio da igualdade e cometendo uma ‘inconstitucionalidade por acção’, como derivar apenas de uma incompleta apreciação das situações de facto, mas sem que haja o propósito de arbitrária e unilateralmente se favorecerem só certos grupos ou situações (*incompletude regulativa*). Nesta última hipótese, haverá uma inconstitucionalidade por omissão e não por acção. Precisamente por isso, a omissão

(omissão total) o legislador não adotou nenhuma providência com vistas a concretizar a norma constitucional; no segundo, embora tenha sido adotada providência de cunho normativo pelo Poder Público, esta revela-se insuficiente à fruição do direito previsto na Constituição (ou na norma infraconstitucional) em sua plenitude. Por outras palavras, conforme Díaz Revorio, as *omissões totais* ou absolutas correspondem ao “silêncio do legislador” que geram situações contrárias à constituição, ao passo que as *omissões parciais* ou *relativas* são “silêncios da lei” que provocam a mesma situação inconstitucional.<sup>513</sup>

Questão das mais relevantes e intrincadas a envolver as omissões normativas no que concerne a defini-las como ilícitas ou não, é o prazo de que disporia o legislador para bem cumprir seu mister, de forma lícita. Como se sabe, a omissão inconstitucional se produz pelo incumprimento de uma obrigação de fazer, normalmente personalíssima, que se estabelece desde a Constituição, no entanto em regra a própria Constituição não impõe prazos e “o tempo é um fator determinante no momento de decidir se a omissão normativa é justificável ou não”.<sup>514</sup>

Importante, pois, fazer referência sobre o momento em que se configura a mora do Poder Público em relação à feitura da norma faltante, tornando seu silêncio uma conduta jurídica *transgressora*. Em relação a isso, são duas as situações a merecer análise. A primeira ocorre quando a Constituição (ou norma infraconstitucional) estabelece a necessidade de ser complementada por meio de ato normativo inferior e, ao mesmo tempo, fixa o prazo para tal providência. Nesse caso não há razão para dúvidas: tão logo expire o prazo fixado pelo legislador constituinte (ou ordinário), caso o ato normativo requerido não tenha sido adimplido, estará em mora o poder público, caracterizando a inatividade normativa como *ilícita* e dando ensejo à propositura da medida cabível, aí incluída a de

---

legislativa existe quando o legislador não cumpre ou cumpre incompletamente o dever constitucional de emanar normas destinadas a actuar as imposições legiferantes estabelecidas na Constituição”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, pp. 1035-1036. No mesmo sentido CORREIA, Fernando Alves. *Direito Constitucional – A Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 76, e MIRANDA, Jorge. *A fiscalização...*, cit., 2012.

<sup>512</sup> SILVA BÁEZ, Carlos. *La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México*. Boletim Mexicano de Derecho Comparado, n. 105, 2002, pp. 755-756.

<sup>513</sup> DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas em el derecho comparado europeo*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 21, nº 61, Enero-abril, 2001, p. 83.

<sup>514</sup> AHUMADA RUIZ, Maria Angeles. *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 8, Enero-abril, 1991, p. 174.

ordem reparatória. Se, diferentemente, a constituição (ou lei) faz menção à necessidade de edição de ato normativo sem declinar prazo para tal providência, caberá ao Judiciário, à luz do princípio constitucional da razoável duração do processo, verificar se o lapso temporal decorrido é ou não abusivo.<sup>515</sup>

Além disso, quando se fala em silêncio legislativo, a carência de medidas de cunho normativo há de ser sempre atual, e não eventual. Essa é a lição de Jorge Miranda, que, ao se referir especificamente às omissões passíveis de controle de constitucionalidade, afirma que “nada autoriza o órgão de fiscalização a operar qualquer juízo de prognose sobre a situação em que, no futuro, pode vir a deparar-se a realização desta ou daquela norma constitucional”.<sup>516</sup>

Definir de forma peremptória se a inatividade normativa é razoável ou abusiva é tarefa das mais tormentosas do direito<sup>517</sup>. No exercício do controle de constitucionalidade realizado em decorrência de uma omissão legislativa, o órgão de fiscalização tem que realizar um juízo de valor sobre a situação concreta, medindo e interpretando o tempo decorrido, sendo forçado a concluir pela omissão sempre que, mediante ponderação<sup>518</sup>, reconhecer que o legislador possuía condições de editar a norma faltante em determinado prazo e mesmo assim não o fez.<sup>519</sup>

---

<sup>515</sup> A Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que implementou a Reforma do Poder Judiciário, inseriu o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição brasileira de 1988, introduzindo na ordem jurídica brasileira o princípio da razoável duração do processo, ao declarar que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

<sup>516</sup> MIRANDA, Jorge. *A fiscalização...*, cit., 2012.

<sup>517</sup> A propósito, Ahumada Ruiz não compartilha da opinião geral segundo a qual a omissão é um incumprimento de uma obrigação de fazer, no sentido de se considerar que há um legislador culpado pelo vazio normativo. Segundo a autora espanhola, “é difícil decidir se a deficiência legislativa é culposa ou dolosa, pois não há um momento para se considerar tempestiva a atuação do legislador e a partir de quando se pode falar em inércia ou passividade, quando estamos perante o silêncio normativo”. AHUMADA RUIZ, Maria Angeles. *El control...*, cit., 1991, p. 178.

<sup>518</sup> Ponderação, segundo Ana Paula de Barcellos, “é a técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais”. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23.

<sup>519</sup> Conforme lição de Jorge Miranda, que acrescenta o seguinte: “A ausência ou a insuficiência da norma legal não pode ser separada de determinado tempo histórico, assinalado pela necessidade de produção legislativa e cuja duração, maior ou menor, ou será prefixada pela própria Constituição ou dependente da natureza das coisas (ou seja, da natureza da norma constitucional confrontada com as situações da vida, inclusive a situação que, à sua margem ou contra ela, esteja, por ação, o legislador ordinário a criar). Assim, o órgão de fiscalização, sem se substituir ao órgão legislativo, tem de medir e interpretar o tempo decorrido – esse tempo que fora dado ao órgão legislativo para emanar a lei; e terá de concluir pela omissão, sempre que, tudo ponderado, reconhecer que o legislador não só podia como devia ter emitido a norma legal, diante de

Embora o princípio da razoável duração do processo tenha sido criado principalmente em virtude da morosidade excessiva da prestação jurisdicional, na Constituição brasileira de 1988 o aludido dispositivo constitucional estendeu sua aplicação – e não poderia ser diferente – também ao *âmbito administrativo*<sup>520</sup>, razão pela qual deverá ser observado inclusive nos processos de elaboração de atos normativos específicos, quando a norma hierarquicamente superior não tiver feito menção expressa ao prazo. A garantia da razoável duração do processo se consubstancia numa “aproximação com o ideal do processo justo que entre os constitucionalistas contemporâneos funciona como um aprimoramento da garantia do devido processo legal”.<sup>521522</sup>

Tão logo foi promulgada a emenda constitucional que incorporou o princípio da razoável duração do processo à Carta de 1988, parte da doutrina já acentuava a inocuidade e desnecessidade do novo dispositivo, porquanto o princípio do devido processo legal, já relacionado pela Constituição como direito fundamental, por si já exige uma prestação jurisdicional célere, justa e efetiva com vistas a garantir o pleno gozo do direito pleiteado. Segundo José Afonso da Silva, em meio à frustração das pessoas com uma prestação jurisdicional *tardia*, o legislador entendeu por conveniente criar mais esta garantia constitucional, mesmo com o risco de gerar novas frustrações pela ausência de efeitos práticos, pois, sabe-se, não basta uma declaração formal de um direito ou de uma garantia individual para que, num passe de mágica, tudo se realize com declarado.<sup>523</sup>

Por fim, embora seja comum relacionar a morosidade jurisdicional ao estágio de desenvolvimento dos países envolvidos, parece inequívoco que tal juízo não é resultado de

---

determinadas circunstâncias ou situações em que se colocou ou foi colocado. Omissão legislativa equivale a mora legislativa”. MIRANDA, Jorge. *A fiscalização...*, cit., 2012.

<sup>520</sup> Vejamos um precedente do Superior Tribunal de Justiça sobre o princípio da razoável duração do processo: “(...) A todos é assegurada a razoável duração do processo, segundo o princípio da eficiência, agora erigido ao *status* de garantia constitucional, não se podendo permitir que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo. 2. A despeito do grande número de pedidos feitos ao Ministro da Justiça e dos membros da Comissão de Anistia, seu órgão de assessoramento, serem *pro bono*, aqueles que se consideram atingidos no período de 18 de setembro de 1946 a 5 de outubro de 1988, por motivação exclusivamente política, não podem ficar aguardando, indefinidamente, a apreciação do seu pedido, sem expectativa de solução num prazo razoável.” (STJ, Mandado de Segurança nº 10.792/DF, proc. 2005/0112125-6).

<sup>521</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil*. Revista de Processo, n. 124. São Paulo, junho/2005, p. 37.

<sup>522</sup> Para Paulo Hoffman, “um processo adequado e justo deve demorar o tempo necessário para a sua finalização, respeitados o contraditório, a paridade entre as partes, o tempo de maturação e compreensão do juiz, a realização das provas úteis e eventuais imprevistos, fato comum a toda atividade”. HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 61-62.

<sup>523</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso...*, cit., 2011, p. 432.

uma informação empírica, haja vista que o problema da prestação jurisdicional tardia tem sido constatado em praticamente todas as nações, sendo certa a informação inicial apenas no que concerne à amplitude do problema, que de fato alcança maiores proporções nos Estados menos desenvolvidos, como o Brasil. Assim, além da previsão na Carta brasileira, podemos fazer referência aos exemplos da *speedy trial clause*<sup>524</sup> do direito norte-americano<sup>525</sup>, da Constituição portuguesa de 1976<sup>526</sup> e também da Constituição espanhola de 1978<sup>527</sup>, dentre outros, a fim de ilustrar a busca em todo o mundo por uma prestação jurisdicional eficaz e, em sentido *lato*, uma atuação estatal mais célere e eficiente em relação aos administrados, inclusive, no que concerne ao objetivo desta investigação, ao dever de editar regulamentos administrativos no lapso temporal definido na norma que determinou a conduta positiva ou, em caso de silêncio desta, em prazo que não sufoque os princípios da razoabilidade e da eficiência.

#### **2.4. A omissão normativa inconstitucional como processo anormal de mutação da Constituição**

A atual Constituição brasileira, que entrou em vigor em 5 de outubro de 1988, estabelece uma espécie de *agenda futura* para o País<sup>528</sup>, considerando que vários de seus

---

<sup>524</sup> A cláusula do julgamento rápido (*speedy trial clause*) foi incorporada expressamente na Constituição dos EUA em 15 de dezembro de 1791, por meio da promulgação da Sexta Emenda.

*Constitution of the United States - The Sixth Amendment*

“Assures the right to a speedy trial by a jury of one’s peers, to be informed of the crimes with which they are charged, and to confront the witnesses brought by the government. The amendment also provides the accused the right to compel testimony from witnesses, and to legal representation.” Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/1600/constitution> Acesso em: 19.04.2015.

<sup>525</sup> Conforme o magistério de CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional...*, cit., 2011, pp. 512 e ss, e TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*, Second Edition, Mineola, New York: The Foundation Press, Inc., 1988, p. 773.

<sup>526</sup> Constituição portuguesa de 1976, art. 20.º Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva (...)

4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

<sup>527</sup> *Constitución española de 1978, artículo 24 (...)*

1. *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.*

Disp.: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=15&fin=29&tipo=2> Acesso em 19.04.2015.

<sup>528</sup> COUTO, Claudio. ARANTES, Rogério B. *Constituição, governo e democracia no Brasil*. Revista Brasileira de Ciências Sociais; Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais. Vol. 21. Nº 61. São Paulo, 2006, p. 57.

dispositivos reclamam a expedição de atos normativos infraconstitucionais, de natureza complementar, de modo a conferir-lhes a necessária efetividade. Trata-se, pois, de uma constituição *dirigente*<sup>529</sup>, porquanto proclama, por meio das chamadas normas constitucionais programáticas<sup>530</sup>, fins a serem alcançados e programas de ação futura que possam propiciar melhoria das condições sociais e econômicas da população.<sup>531</sup>

No texto da Constituição de 1988, portanto, foram identificadas inúmeras normas com diferentes graus de eficácia; enquanto a maior parte dessas normas constitucionais estaria apta à produção de seus regulares efeitos de forma imediata, uma menor parte, mas bastante significativa, demandaria complementação por meio de ato normativo infraconstitucional, em regra de competência do Poder Legislativo, mas não raro também do Poder Executivo (iniciativa). Muitas das normas constitucionais que exigiam atuação do Poder Legislativo foram complementadas; outras, no entanto, permanecem num limbo jurídico-normativo até os dias atuais, ocasionando um *ressentimento constitucional*<sup>532</sup> em relação ao valor normativo constituição. Portanto, mesmo passados quase trinta anos de sua entrada em vigor, muitas normas da Constituição brasileira de 1988 ainda permanecem desprovidas de efetividade e conseqüentemente inacessíveis aos cidadãos, evidenciando com isso claro esvaziamento do princípio da supremacia constitucional e, por outro lado, provocando indevida e anormal mutação constitucional.

A mutação constitucional, na lição sempre lúcida de Canotilho, traduz-se na “revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional”.<sup>533</sup> Em termos incisivos, continua o jurista português, “muda o sentido sem mudar o texto”.<sup>534</sup> Trata-se de fenômeno por meio do qual os textos constitucionais são modificados sem revisões ou emendas<sup>535</sup>. O fenômeno da mutação constitucional independe da rigidez do texto constitucional, haja vista que tanto as

---

<sup>529</sup> Para saber mais: CANOTILHO, J. J. Gomes. *A Constituição...*, cit., 2001.

<sup>530</sup> Normas programáticas são, na lição de José Afonso da Silva, as “normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado” SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 8ª ed, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 138. No mesmo sentido: CRISAFULLI, Vezio, *Efficacia delle Norme Costituzionali Programmatiche*. In *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 1, Milão: Giuffrè, 1951, pp. 360-361.

<sup>531</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso...*, cit., 2012, p. 138.

<sup>532</sup> Expressão utilizada por VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento...*, cit., 2004.

<sup>533</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 1228.

<sup>534</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 1228.

<sup>535</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 54.

constituições rígidas como as flexíveis estão sujeitas ao “influxo de novos sentidos, novos significados, que, embora não mudem a letra dos preceptivos supremos do Estado, conferem-lhes conteúdos ainda não contemplados, quer através da interpretação e da construção judicial, quer por meio das práticas constitucionais”.<sup>536</sup>

O dinamismo social e econômico, é certo, não se compatibiliza com normas constitucionais imutáveis. Por isso, a mutação constitucional<sup>537</sup> é processo de acomodação normal que ocorre em todas as constituições, sejam elas rígidas ou flexíveis, simplesmente pelo fato de não ser o direito uma “ciência que se cultive com indiferença ao modelo de sociedade onde o homem vive e atua”<sup>538</sup>. Essa modificabilidade natural da Constituição, que pode ser maior ou menor a depender de se tratar de Constituição flexível ou rígida, nas palavras de José Afonso da Silva, “constitui mesmo uma garantia de sua permanência e durabilidade, na medida mesma em que é um mecanismo de articulação da continuidade jurídica do Estado e um instrumento de adequação entre a realidade jurídica e a realidade política (e social), realizando, assim, a síntese dialética entre a tensão contraditória dessas realidades”.<sup>539</sup>

De modo a possibilitar a regular acomodação do texto constitucional à realidade vivida num país em determinada época, em geral as próprias constituições preveem a existência de mecanismos que possibilitem sua contínua evolução. No Brasil, a adaptação normal da Constituição à realidade social é prevista no próprio texto constitucional, através dos procedimentos de revisão<sup>540</sup>, já levada a efeito, e emenda (reforma), esta última prevista no art. 60<sup>541</sup> da Carta de 1988.

---

<sup>536</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação...*, cit., 1997, p. 84.

<sup>537</sup> Para Uadi Lammêgo Bulos, estudioso brasileiro do assunto, a mutação constitucional é “o processo informal de mudança da Constituição, por meio do qual são atribuídos novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados à letra da *Lex Legum*, quer através da interpretação, em suas diversas modalidades e métodos, quer por intermédio da construção (*construction*), bem como dos usos e costumes constitucionais”. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação...*, cit., 1997, p. 57.

<sup>538</sup> BONAVIDES, Paulo. *O Direito Constitucional e o momento político*. Revista de Informação Legislativa, ano 21, nº 81, jan./mar. 1984, pp. 217-230.

<sup>539</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso...*, cit., 2000, p. 280.

<sup>540</sup> A revisão constitucional, já ocorrida, está prevista não no texto constitucional propriamente dito, mas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, da seguinte forma: “Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

<sup>541</sup> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

Se a mutação da constituição como forma de adaptação do estado constitucional a um determinado momento histórico não reflete nada de anormal no mundo jurídico, o descumprimento de normas e programas nela previstos pelo descaso legislativo, ao contrário, configura conduta anormal e pernicioso, além de diretamente ofensiva ao *querer* constitucional. Trata-se, portanto, de uma omissão inconstitucional, isto é, de uma forma anormal e ilegítima de fraudar o desejo do legislador constituinte. Deveras, as mutações inconstitucionais “destroem a vida dos preceptivos constitucionais, idealizados pela obra de um poder incondicionado, cujo reflexo incide sobre todo o ordenamento jurídico”<sup>542</sup>, pois os efeitos provocados por estas deformações variam em grau e profundidade, podendo contrariar a Constituição em maior ou menor extensão, mesmo “sem mudar a letra de suas normas”<sup>543</sup>.

Embora sejam inúmeros os exemplos de mutações inconstitucionais<sup>544</sup> ou anormais, as omissões legislativas talvez reflitam a modalidade mais expressiva, porquanto evidenciam a inércia estatal em relação ao dever jurídico-político de elaborar os atos normativos necessários à complementação da carta política. Quando medidas normativas necessárias à exequibilidade de comandos constitucionais deixam de ser adotadas, há claro desrespeito à constituição, provocando o que parte da doutrina denomina *falseamento da Constituição* ou *quebramento constitucional*<sup>545</sup>, eis que há uma alteração substancial em relação a direitos formalmente previstos no texto constitucional, em virtude, não apenas,

---

III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

<sup>542</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação...*, cit. 1997, p. 135.

<sup>543</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação...*, cit., 1997, p. 135.

<sup>544</sup> Para aprofundar, consultar BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação...*, cit., 1997.

<sup>545</sup> Expressões utilizadas por BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação...*, cit., 1997, p. 136, que faz referência, todavia, aos autores HAURIOU, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, trad. Carlos Ruiz de Castillo, 2. Ed., Madrid: Ed. Reus, 2003, p. 232, e SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1927, p. 116.



diga-se, da omissão transgressora do poder público. Em outras palavras, o silêncio do legislador (ou do administrador público) “não pode suspender a eficácia de uma norma constitucional”.<sup>546</sup>

Não obstante a gravidade desse cenário, a omissão normativa e, por consequência, o descumprimento de normas constitucionais tem sido uma triste rotina na realidade jurídica brasileira, situação que provoca o esvaziamento do princípio da supremacia constitucional, tão caro ao constitucionalismo, além de eventuais danos aos indivíduos, inclusive de ordem patrimonial. E o que é pior: a resposta dada pelo Poder Judiciário diante dessas frequentes omissões não raro é ainda mais frustrante e violadora dos direitos fundamentais do que a omissão em si, dada sua inocuidade.

A título de exemplo, citemos o art. 7º, IV, da Constituição de 1988, que, ao retratar o salário mínimo no País, dispõe que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”. Ora bem, se não é editada uma lei fixando o salário mínimo nos moldes previstos na Constituição, não restam dúvidas que a omissão legislativa desqualifica a supremacia constitucional e, ao mesmo tempo e por linhas tortas provoca uma mutação constitucional anormal e transgressora do direito.

Nesse prisma, o Supremo Tribunal Federal, exercendo seu papel constitucional de guardião da Constituição, em decisão relatada pelo Min. Celso de Mello, reconheceu que as omissões legislativas possuem aptidão de causar danos de grande gravidade “jurídico-política” ao Estado Constitucional, qualificando-se “perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário”.<sup>547</sup>

---

<sup>546</sup> VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La inconstitucionalidad...*, cit., 1997, p. 49.

<sup>547</sup> Devido à relevância da mencionada decisão judicial, transcreve-se, a seguir, os principais trechos do acórdão: “O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. (...) Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode

É possível concluir que o fenômeno da mutação constitucional é normal, válido e mesmo exigível quando realizado nos termos definidos na própria constituição, eis que tem por objetivo adaptar a norma constitucional à realidade jurídico-política de determinado país em dado momento histórico. Todavia, evidentemente que apenas as mutações constitucionais que não se incompatibilizem com o texto constitucional devem encontrar amparo no direito. Não sendo assim a mutação será inconstitucional e, pois, transgressora da ordem jurídica. A omissão do Poder Legislativo em relação a um dever específico de legislar caracteriza, portanto, uma forma de *mutação anormal*<sup>548</sup> da Constituição, por modificar-lhe o sentido e o alcance idealizados pelo legislador constituinte.

Por fim, respeitados os aspectos conceituais relativos ao instituto da mutação constitucional, entendemos ser possível afirmar que a *inatividade normativa qualificada* da Administração Pública, núcleo da presente pesquisa, nos casos em que a Administração reúna condições formais e materiais de expedir os regulamentos administrativos requisitados por norma de hierarquia superior, também caracteriza um fenômeno perturbador e contrário ao direito, designadamente uma *mutação legal*, por subtrair da esfera dos indivíduos, talqualmente ocorre com a mutação anormal da constituição, direitos reconhecidos por uma norma de *status* mais elevado, neste caso, a própria lei.

---

ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. (...) A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário - refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário (...).” (STF, ADI 1458-DF, Relator: Min. Celso de Mello, DJ 10.09.1996).

<sup>548</sup> Anna Cândida Ferraz distingue dois tipos de processos que acarretam a mutação inconstitucional: os processos manifestamente inconstitucionais, que modificam Constituição, e os processos anormais, dentro dos quais se encaixam, entre outros, o fenômeno da inércia legislativa dos Poderes constituídos em relação ao dever de concretizarem a Constituição. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986, pp. 213-251.

## 2.5. Tipologia das normas constitucionais

O Estudo sobre a tipologia das normas constitucionais e, conseqüentemente, sobre sua eficácia,<sup>549550</sup> pressupõe, antes, uma abordagem ainda que efêmera sobre alguns aspectos atinentes aos direitos fundamentais. Para Robert Alexy, questão das mais importantes relativamente aos direitos fundamentais é saber se as normas que os estabelecem são juridicamente vinculativas ou não<sup>551</sup>. Ao sinalizar positivamente em relação ao caráter vinculativo desses direitos, Alexy afirma que “Em um sistema jurídico, que conhece a divisão de poderes e, com isso, o poder judicial como terceiro poder, tudo fala em favor disto, de designar como ‘juridicamente vinculativas’ somente aquelas normas de direitos fundamentais cuja violação, seja em que procedimento for, por um tribunal pode ser comprovada, que, portanto, são justiciáveis”.<sup>552</sup>

Os direitos fundamentais são *multifuncionais*<sup>553</sup>, assim entendidos em razão de não ser possível relacioná-los a uma única função, sendo, conseqüentemente, normal eventual sobreposição de uns sobre outros. Nessa linha, a partir do exame da principal função de tais direitos, é possível classificá-los em dois grupos: direitos de defesa e direitos a prestação. Os direitos a prestação, ainda segundo a doutrina de Alexy, são subdivididos em direitos a prestações fáticas e a prestações normativas<sup>554</sup>. Estas prestações, por sua vez, poderão ser exigidas por ações positivas, também compreendidas, em sentido amplo, como prestações normativas<sup>555</sup>, talqualmente ocorre com aquelas exigidas pelas normas de eficácia limitada, que serão examinadas a seguir. Vieira de Andrade, por sua vez, ao fazer interessante abordagem sobre os direitos fundamentais, identifica quanto a *estes* duas

---

<sup>549</sup> Eficácia, segundo José Afonso da Silva, é “a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivado pelo legislador”. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade...*, cit., 2012, p. 66.

<sup>550</sup> Para Kelsen, “A eficácia é condição de validade da ordem jurídica”. KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., 1999, p. 38.

<sup>551</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Organizador/Tradutor Luís Afonso Heck, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 62.

<sup>552</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo...*, cit., p. 62.

<sup>553</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 83 e ss.

<sup>554</sup> ALEXY, Robert. *Teoria...*, cit., 2002, pp. 83 e ss.

<sup>555</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 45.

formas de concretização da Constituição: uma concretização jurídico-interpretativa e uma concretização jurídico-política.<sup>556</sup>

Pois bem, na Carta Constitucional brasileira os direitos fundamentais não se limitam àqueles previstos no amplo rol inserido no Título II do Texto Constitucional, conforme expressa previsão no § 2º do art. 5º<sup>557</sup>. Além disso, depreende-se que tais direitos são autoaplicáveis, a teor do § 1º do art. 5º da Constituição, que estabelece que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A ideia da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais surgiu na *Grundgesetz* alemã, a qual dispõe, em seu art. 1º/3, que os direitos fundamentais “vinculam os poderes legislativo, executivo e judicial a título de direito diretamente aplicável”. Já a Constituição Portuguesa de 1976 consagra a eficácia direta dos direitos fundamentais em seu art. 18º/1<sup>558</sup>, alargando a expressão da Carta alemã para incluir textualmente norma para alcançar também às relações privadas ou externas, isto é, as relações jurídicas envolvendo “cidadão-cidadão”, “indivíduo/indivíduo”, fórmula sintetizada nas expressões (*Horizontalwirkung*) ‘efeitos horizontais’ ou (*Geltung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung*) ‘eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada’.<sup>559560</sup>

---

<sup>556</sup> Para Vieira de Andrade, "Os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias são tipicamente e em regra, preceitos diretamente aplicáveis, que podem e devem ser objeto de uma concretização ao nível constitucional e, portanto, é acessível à jurisprudência do Tribunal Constitucional. Diferentemente, a concretização jurídico-política é típica (embora só típica) dos preceitos relativos aos direitos sociais, remetendo a Constituição, em regra, para opções políticas que, por natureza, são próprias do legislador: tratando-se de questões em que estão em causa uma sensibilidade e uma legitimidade políticas, a concretização dos preceitos há de pertencer em primeira linha ao legislador devendo o Tribunal Constitucional, por princípio, respeitar o poder da maioria, desde que esta não ultrapasse os limites constitucionais". ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Legitimidade da Justiça Constitucional e princípios da maioria*. In *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*. Colóquio do 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra: Ed. Coimbra, 1995, p. 80.

<sup>557</sup> Constituição de 1988, art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>558</sup> Constituição portuguesa, art. 18º/1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

<sup>559</sup> Tudo conforme a doutrina do Professor CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 1285 e ss.

<sup>560</sup> Ainda segundo Canotilho, “O problema da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada tende hoje para uma superação da dicotomia eficácia mediata/eficácia imediata a favor de soluções diferenciadas. Reconhece-se, desde logo, que a problemática da chamada ‘eficácia horizontal’ se insere no âmbito da proteção dos direitos fundamentais, ou seja, as normas consagradoras dos direitos, liberdades e garantias e direitos análogos constituem ou transportam princípios de ordenação objectiva – em especial, deveres de garantia e de proteção do Estado – que são também eficazes na ordem jurídica privada (K. Hesse). Esta eficácia, para ser compreendida com rigor, deve ter em consideração a multifuncionalidade ou pluralidade de funções dos direitos fundamentais, de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas,

Quando se examina a tipologia das normas constitucionais, notadamente no que concerne à sua aplicabilidade, pretende-se, no plano jurídico, apenas aferir sobre a possibilidade que a norma possui de ser ou não aplicada, isto é, de produzir ou não os efeitos para os quais o poder constituinte a elaborou. Se ela vai ou não produzir efeitos é outra discussão, pautada no plano da eficácia jurídica<sup>561</sup> ou social<sup>562</sup> da norma, e não na sua aplicabilidade.

A propósito da eficácia social, embora na teoria pareça existir uma onipresença da Constituição em todo o sistema jurídico brasileiro, na prática, leciona Streck, a solidão constitucional continua e parece agravar-se cada dia mais, sendo possível enxergar um verdadeiro “abismo separando o discurso sobre a constituição da efetiva operacionalização/concretização do Direito Constitucional”.<sup>563</sup> Se existe um *vácuo* entre a realidade social e a realidade constitucional, deve-se buscar solução para essa ruptura a partir dos mecanismos já existentes no próprio direito, haja vista a convicção doutrinária segundo a qual, nos dias atuais, todas as normas da constituição produzem algum tipo de feito.<sup>564</sup><sup>565</sup>

Por outras palavras, as normas constitucionais, ainda que de natureza meramente programática, trazem em si um valor, talqualmente ocorre com as normas em geral, e por isso devem produzir alterações no mundo dos fatos. Com efeito, o legislador, ao instituir uma norma, “deixa-se guiar por certas intenções de regulação e por ponderações de justiça

---

consoante o ‘referente’ de direito fundamental que estiver em causa no caso concreto.”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 1289.

<sup>561</sup> José Afonso da Silva esclarece que “Uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz. Por conseguinte, eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais constituem fenômenos conexos, aspectos talvez do mesmo fenômeno, encarados por prismas diferentes: aquela como potencialidade; esta como realizabilidade, praticidade.”. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade...*, cit., 2012, p. 59.

<sup>562</sup> Segundo Luís Roberto Barroso, a eficácia social “é a concretização do comando normativo, sua força operativa no mundo dos fatos”. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. São Paulo: Renovar, 2006, p. 82.

<sup>563</sup> STRECK, Lenio Luiz. *A concretização de direitos e a validade da tese da Constituição Dirigente em países de modernidade tardia*. In *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. São Paulo: Renovar, 2004, pp. 301-302.

<sup>564</sup> Nas lúcidas e sempre atuais palavras de Ruy Barbosa, “Não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular de seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios de ação essenciais ao seu exercício, os direitos que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a legislatura, segundo seu critério, os habilite a exercerem. A Constituição não se executa a si mesma: antes requer a ação legislativa, para lhe tornar efetivos os preceitos”. BARBOSA, Ruy. *Commentários...*, cit., 1932, pp. 488-489.

<sup>565</sup> Conforme sustentado por ALEXY, Robert. *Teoria...*, cit., 2002, pp. 83 e ss.; e DWORKIN, Ronald. *Taking...*, cit., 1999, p. 24, além de outros.

ou oportunidade, às quais subjazem em última análise determinados juízos de valor”.<sup>566</sup>

Jorge Miranda ensina que “Não é a garantia, antes a virtualidade de garantia que integra o conceito de norma jurídica”<sup>567</sup>. Nessa linha, pode a garantia faltar, não ser admitida, ou não conseguir agir que, nem por isso, deixa de ser jurídica a norma; a sua coercibilidade não sobrevém por conta disso. Ainda segundo a doutrina do constitucionalista português, “É à efectividade da norma que se liga a garantia, e a virtualidade que qualquer norma tem de a receber assenta na necessidade de observância (ou de um grau satisfatório de observância) sem o qual não tem razão de ser. Pois que a norma por natureza pode não ser cumprida, por natureza pode (ou deve) ser garantida”.<sup>568</sup>

Em relação a eficácia e efetividade das normas constitucionais, há no Brasil duas valiosas pesquisas que se complementam: a primeira, desenvolvida por José Afonso da Silva, se debruça sobre a *aplicabilidade* das normas constitucionais, ou seja, sobre a capacidade que tais normas ostentam para a produção de efeitos, sem cogitar se tais efeitos realmente serão produzidos<sup>569</sup>; a segunda, não menos importante, desta feita desenvolvida por Luís Roberto Barroso, atualmente ministro do Supremo Tribunal Federal, se dedica ao estudo não mais da eficácia jurídica da norma constitucional, mas de sua *eficácia social*, isto é, sobre os mecanismos para sua real aplicação, para sua *efetividade*.<sup>570571</sup>

---

<sup>566</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 1ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 252.

<sup>567</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual...*, cit., 1988, p. 45.

<sup>568</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual...*, cit., 1988, p. 45.

<sup>569</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade...*, cit., 2012, p. 59.

<sup>570</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito...*, cit., 2006, p. 82.

<sup>571</sup> A discussão sobre os efeitos (efetivos, potenciais ou acessórios) das normas constitucionais é tema dos mais relevantes e sensíveis do direito constitucional, no qual, ao longo mais de um século, importantes doutrinadores mundo afora têm se debruçado. Além dos doutrinadores que mencionaremos no desenvolvimento deste tópico, não se pode deixar de fazer referência, ao menos resumidamente, sobre as doutrinas tradicionais de Thomas Cooley, Gustavo Zagrebelsky e Vezio Crisafulli. Nesse contexto, é conhecida a clássica obra de Thomas Cooley, na qual as normas constitucionais foram classificadas pelo autor norte-americano em *self-executing* ou *not self-executing*, conforme sejam consideradas auto-exequíveis por si mesmas, isto é, aquelas que reúnem condições de serem concretizadas, ou não auto-exequíveis, assim entendidas aquelas que demandam normatização complementar, de forma a tornar fruível o direito por seu destinatário (COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Constitutional Limitations*. Boston: Little, Brown, and Company, 1890); o italiano Gustavo Zagrebelsky, por sua vez, divide as normas constitucionais em normas de eficácia direta e normas de eficácia indireta, conforme sejam consideradas idôneas para a concretização dos direitos nelas previstos (as primeiras), ou, por outro lado, necessitem ser concretizadas por ulterior atividade normativa (as segundas) (ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il sistema delle fonti del diritto*. Torino: UTET, 1992); por fim, também é bastante conhecida e estudada a classificação de Vezio Crisafulli, também italiano, para quem todas as normas constitucionais possuem uma carga cogente. Segundo este autor, as normas constitucionais se classificam em normas *immediatamente precettive*, isto é, aquelas que possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata, e normas de eficácia limitada, que, por sua vez, se dividem em normas de legislação, assim consideradas aquelas que demandam uma normatização técnica ulterior, e as

Quando se fala em eficácia das normas constitucionais, premissa inafastável é aquela segundo a qual “não há norma constitucional destituída de eficácia”<sup>572</sup>, pois todas elas irradiam efeitos jurídicos. Ocorre que a eficácia jurídica das normas constitucionais não se manifesta igualmente no mundo dos fatos. Com efeito, há normas constitucionais cujos efeitos são sentidos em sua plenitude, enquanto outras demandam, para o real alcance de seus fins, “uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida”.<sup>573</sup>

Nessa linha, José Afonso da Silva distingue as normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, em três grupos: normas constitucionais de *eficácia plena*, que possuem aplicabilidade direta, imediata e integral; normas constitucionais de *eficácia contida*, que possuem aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral, e normas constitucionais de *eficácia limitada ou reduzida*, que, por sua vez, se dividem em normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e normas declaratórias de princípio programático<sup>574</sup>, ou simplesmente normas programáticas.

Ainda tomando por base o direito brasileiro, mas agora não mais levando em consideração a eficácia, mas sim a *efetividade* das normas constitucionais, não se pode deixar de fazer menção à classificação de Luís Roberto Barroso, que distingue as normas constitucionais da seguinte forma: normas constitucionais de organização, que têm por objeto organizar o exercício do poder político; normas constitucionais definidoras de direito, que têm por objeto fixar os direitos fundamentais dos indivíduos; e normas constitucionais programáticas, que têm por objeto traçar os fins públicos a serem

---

programáticas, também consideradas pelo autor como *preceptive*, isto é, obrigatórias, por assegurarem direitos subjetivos aos administrados em face do poder estatal. (CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano: Giuffrè, 1952).

<sup>572</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade...*, cit., 2012, p. 81.

<sup>573</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade...*, cit., 2012, p. 81.

<sup>574</sup> As normas de eficácia plena, segundo o referido autor, seriam todas as normas que, “desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre as matérias que lhes constitui objeto”; já as normas constitucionais de eficácia contida seriam aquelas que incidem “imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias”; por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada são todas “as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado”. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade...*, cit., 2012, pp. 81-85.

alcançados pelo Estado.<sup>575</sup>

No direito português, a doutrina de Jorge Miranda classifica as normas constitucionais em normas *exequíveis por si mesmas*, normas *preceptivas não exequíveis por si mesmas* e normas *programáticas*. Da tripartição defendida pelo autor português, que em certa medida se assemelha à classificação de José Afonso da Silva, possuem relevo para a presente pesquisa as normas programáticas e as preceptivas não exequíveis por si mesmas, que se caracterizam pela “relevância específica do tempo, por uma conexas autolimitação e pela necessidade de concretização, e não só de regulamentação e legislativa”<sup>576577</sup>. As normas programáticas, por serem espécie do gênero *normas de eficácia limitada*, possuem aplicação diferida, pois somente se tornam efetivas após a feitura da norma faltante requisitada constitucionalmente. Tais normas, “mais do que comandos-regras explicitam comandos valores”<sup>578</sup>, conferindo por conta disso “elasticidade ao ordenamento constitucional”<sup>579</sup>; o legislador, vale dizer, é o destinatário principal das normas programáticas.<sup>580</sup>

Por fim, importante mencionar a doutrina de Canotilho acerca das normas programáticas, segundo a qual a positividade jurídico-constitucional dessas normas remete à necessária vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização em

---

<sup>575</sup> Segundo Barroso, há na Constituição “uma específica categoria de regras, com uma estrutura normativa própria, destinada à ordenação dos poderes estatais, à criação e estruturação de entidades e órgãos públicos, à distribuição de suas atribuições, bem como à identificação e aplicação de outros atos normativos”. Essas são as normas constitucionais de organização que, vale dizer, “não contêm a previsão abstrata de um fato, cuja ocorrência efetiva deflagra efeitos jurídicos. (...) Elas apresentam um efeito constitutivo imediato das situações que enunciam”. Há ainda normas constitucionais definidoras de direitos, das quais resultam para os seus beneficiários “situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem materializadas em prestações positivas ou negativas”. Por fim, as normas constitucionais programáticas, que são “disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados”, têm por objeto “estabelecer determinados princípios ou fixar programas de ação para o Poder Público”. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito...*, cit., 2006, pp. 91-118.

<sup>576</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual...*, cit., 1988, pp. 244-245.

<sup>577</sup> Ao retratar a similitude dos dois tipos de normas, Jorge Miranda também ressalta suas diferenças, ao afirmar que as normas programáticas e as preceptivas não exequíveis por si mesmas não se confundem, pelo fato destas “postularem apenas a intervenção do legislador, actualizando-as ou tornando-as efectivas, e as normas programáticas exigirem mais do que isso, exigirem não só a lei como providências administrativas e operações materiais. As normas não exequíveis por si mesmas preceptivas dependem apenas de factores jurídicos e de decisões políticas; as normas programáticas dependem ainda (e sobretudo) de factores económicos e sociais. Daí um maior grau de liberdade do legislador perante as normas programáticas do que perante as normas preceptivas não exequíveis: estas deverão ser completadas pela lei nos prazos relativamente curtos delas decorrentes; já as normas programáticas somente terão de ser concretizadas quando se verificarem os pressupostos de facto que tal permitam, a apreciar pelo órgão legislativo. MIRANDA, Jorge. *Manual...*, cit., 1988, pp. 248-249)

<sup>578</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual...*, cit., 1988, pp. 244-245.

<sup>579</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual...*, cit., 1988, pp. 244-245.

<sup>580</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual...*, cit., 1988, pp. 244-245.



decorrência de imposição constitucional, bem assim à vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores<sup>581</sup>, argumentos que sinalizam não para um discricionarismo *puro e simples* do legislador ou do administrador público, mas num autêntico poder-dever de operacionalizar a vontade constitucional. Precisamente em decorrência disso, é possível afirmar, ainda que com alguma precipitação, que o exercício do poder regulamentar, nas hipóteses em que a edição de regulamentos administrativos é reclamada pela ordem jurídica, não se insere na esfera da discricionariedade administrativa, em virtude, neste caso, da vinculação que emana da norma jurídica requisitante.

## 2.6. O controle de constitucionalidade como mecanismo de defesa da constituição: introdução ao modelo brasileiro

Não obstante as transformações ocorridas ao longo do tempo na sociedade e também nos próprios Estados, a noção de Constituição tem conservado um núcleo permanente: a ideia de um “princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem”<sup>582</sup>. Nessa linha, é conhecida a lição de Jorge Miranda segundo a qual a Constituição é a “base da ordem jurídica, o fulcro das suas energias, o fundamento último da atividade do Estado”<sup>583</sup>. Exatamente por ser a Constituição o “estatuto definidor da vida pública”<sup>584</sup>, ou, na concepção de Kelsen, “a base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da

---

<sup>581</sup> Consoante lição de Canotilho sobre as normas programáticas, “O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: ‘simples programas’, ‘exortações morais’, ‘declarações’, ‘sentenças políticas’, ‘aforismos políticos’, ‘promessas’, ‘apelos ao legislador’, ‘programas futuros’, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às ‘normas programáticas’ é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição. Não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder político (Crisafulli). Mais do que isso: a eventual mediação concretizadora, pela instância legiferante, das normas programáticas, não significa que este tipo de normas careça de positividade jurídica autónoma, isto é, que a sua normatividade seja apenas gerada pela *interpositivo* do legislador; *é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes*. Concretizando melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: (1) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (*imposição constitucional*); (2) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-la em consideração como *directivas materiais permanentes*, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); (3) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam.” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, pp. 1176-1177.

<sup>582</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição...*, cit., 2013, p. 130.

<sup>583</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual...*, cit., 1988, pp. 22-23.

<sup>584</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual...*, cit., 1988, pp. 22-23.

coletividade estatal”<sup>585</sup> ou ainda, simplesmente, “o fundamento da ordem estatal”<sup>586</sup> é que todas as demais normas do ordenamento jurídico interno devem guardar consonância com suas regras e princípios.

Sendo a Constituição o alicerce do ordenamento jurídico de um Estado, a consequência jurídica natural que daí decorre é a necessidade de adequação de todas as demais normas internas a suas regras e princípios. Exige-se, pois, a *constitucionalidade* dessas normas. Nessa perspectiva, *constitucionalidade* e *inconstitucionalidade*, segundo Jorge Miranda, designam conceitos de relação: “a relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – uma norma ou um acto – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não cabe no seu sentido”<sup>587</sup><sup>588</sup>; a decisão pela inconstitucionalidade, portanto, envolve um juízo de valor a partir de critérios constitucionais, sejam estes quais forem.<sup>589</sup> Se a inconstitucionalidade, pois, “é a doença que contamina o comportamento desconforme à constituição, o *controle* é o remédio que restabelece o estado de higidez constitucional”.<sup>590</sup><sup>591</sup>

A abordagem teórica sobre o instituto do controle de constitucionalidade<sup>592</sup> como mecanismo de defesa da constituição deve partir da premissa segundo a qual tal controle possui a função de garantidor da supremacia constitucional, como visto anteriormente. Tal

---

<sup>585</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição...*, cit., 2013, p. 131.

<sup>586</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição...*, cit., 2013, p. 131.

<sup>587</sup> MIRANDA, Jorge. *Contributo...*, cit., 1996, p. 11.

<sup>588</sup> Para Matos, inconstitucionalidade significa “desconformidade com uma ou mais normas da Constituição, entendendo-se a conformidade em sentido mais exigente do que o de simples compatibilidade e Constituição como o complexo das normas formalmente constitucionais”. MATOS, André Salgado de. *A Fiscalização...*, cit., 2004, p. 43.

<sup>589</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual...*, cit., 1988, p. 17.

<sup>590</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de...*, cit., 2012, p. 186.

<sup>591</sup> Quando se fala sobre controle de constitucionalidade e conseqüentemente sobre supremacia constitucional, não se pode deixar de mencionar, ainda que resumidamente, o relevante debate travado no início do Século XX entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, sobre quem deveria ser o guardião da constituição. Para Kelsen, deve haver um tribunal constitucional cujo principal papel é proporcionar a defesa da supremacia da Constituição; Schmitt, diferentemente, sustenta a competência do Presidente do *Reich* para, em nome do povo, exercer o papel de guardião da Constituição. Para saber mais, entre tantos: KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* São Paulo: Martins Fontes, 2003; SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Trad. Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1983.

<sup>592</sup> Segundo a doutrina de Maria Benedita urbano, “se o controle de constitucionalidade das normas teve sérias dificuldades em se impor, o que presenciamos da atualidade é o fenômeno inverso, ou seja, pelo menos num número razoável de países regista-se um excesso de protagonismo da justiça constitucional nesta sua específica vertente, o qual conduziu à sacralização da constituição. Num primeiro momento, a sacralização da lei obstaculizava a implantação do controlo de constitucionalidade das normas. Num segundo momento, a sacralização da constituição subjuga o legislador e apaga o seu papel, ao ponto de, com demasiada e indesejável frequência, dele se prescindir ou ao ponto de o desautorizar”. URBANO, Maria Benedita. *Curso de...*, cit., 2012, p. 8.

primazia, rememore-se, indica o papel de preeminência jurídica das normas constitucionais relativamente a todas as demais normas do ordenamento jurídico interno, impondo a partir do seu reconhecimento uma subordinação jurídica vinculante a todos os atos praticados em âmbito interno, sejam oriundos do Poder Público, que são os mais comuns, seja também os atos (materiais) de natureza privada.<sup>593</sup>

Na esteira de Jorge Miranda, a Constituição deve ser *garantida*. Se a norma constitucional é uma norma jurídica, qualquer consideração de norma constitucional implica a consideração da sua garantia e de que a garantia deve ser jurídica, ou seja, prevista por uma ou mais normas jurídicas. Toda norma jurídica deve ter uma garantia jurídica e a norma constitucional não faz exceção à regra.<sup>594</sup> Assim, não basta que a Constituição outorgue garantias; tem, por seu turno, de ser, ela própria, garantida.<sup>595</sup> Por outras palavras, a constituição somente pode ser considerada, ela mesma, uma verdadeira garantia para os indivíduos quando “a anulação dos atos inconstitucionais é possível”.<sup>596/597</sup>

Embora inconstitucionalidade e ilegalidade materializem igualmente violações de normas jurídicas por atos – ou omissões – oriundos do poder público, a diferença, no dizer de Jorge Miranda, radica na norma que disciplina o ato de que se trate, fixando-lhe pressupostos, elementos e requisitos. Portanto, tais conceitos não divergem em sua natureza, mas pela qualidade dos preceitos ofendidos, sendo no primeiro caso preceitos formalmente constitucionais enquanto no segundo normas contidas em lei ordinária ou nesta fundadas.<sup>598</sup>

O reconhecimento da supremacia da constituição e sua conseqüente força vinculante em relação demais atos normativos que dela derivam, exigem um sistema interno de fiscalização dos atos que lhes sejam contrários, de modo a extirpá-los do mundo jurídico ou extrair-lhes a eficácia quando incompatíveis com a lei maior, garantindo, assim, a prevalência desta. Essa é a gênese do controle de constitucionalidade, pois embora a

---

<sup>593</sup> Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, pp. 948 e ss.

<sup>594</sup> MIRANDA, Jorge. *Contributo...*, cit., 1996. P. 16.

<sup>595</sup> MIRANDA, Jorge. *Contributo...*, cit., 1996. P. 77.

<sup>596</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição...*, cit., 2013, p. 149.

<sup>597</sup> Para Kelsen, “Uma constituição em que falta a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico. Muito embora não se tenha em geral consciência disso, porque uma teoria jurídica dominada pela política não permite tomar tal consciência, uma Constituição em que os atos inconstitucionais, e em particular as leis inconstitucionais permanecem válidos – na medida em que sua inconstitucionalidade não permite que sejam anulados – equivale mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um anseio sem força obrigatória”. KELSEN, Hans. *Jurisdição...*, cit., 2013, p. 179.

<sup>598</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual...*, cit., 1988, p. 22.

constituição opere por sua própria força, o reconhecimento desse fato pode demorar<sup>599</sup>, razão pela qual devem ser colocados à disposição das pessoas instrumentos que possam declarar e combater os atos e omissões atentatórios à Constituição, a fim de garantir a existência da própria lei fundamental. Em síntese, é possível afirmar que a primazia constitucional exige a criação de uma jurisdição constitucional, que, por sua vez, tem como principal tarefa propiciar o exercício do controle de constitucionalidade de atos e omissões do poder público.

Pois bem, após essas notas de caráter introdutório passa-se ao estudo, em linhas gerais, do modelo de controle de constitucionalidade existente no direito brasileiro, para, na sequência, analisar especificamente os mecanismos de combate à inconstitucionalidade e/ou ilegalidade por omissão e as consequências jurídicas que delas podem derivar.

A Constituição de 1988 consagrou no Brasil um sistema jurisdicional<sup>600</sup> de controle de constitucionalidade de natureza *híbrida*<sup>601</sup>, significando com isso dizer que tal é exercido por meio da utilização das vias *difusa* e *concentrada*, ambas atuando, em regra, de forma repressiva, isto é, buscando retirar do ordenamento jurídico o ato normativo que lhe é contrário ou cassando seus efeitos ou ainda combatendo a omissão inconstitucional. Embora o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade seja nitidamente jurisdicional, não se pode perder de vista que em determinados momentos os Poderes Executivo<sup>602</sup> e Legislativo<sup>605</sup> também exercem o chamado controle *político*, atuando

---

<sup>599</sup> Conforme TRIBE, Laurence H. *American...*, cit., 1988, p. 214.

<sup>600</sup> Referindo-se ao controle jurisdicional, Cappelletti destaca que “O aspecto mais sedutor, diria também o aspecto mais audaz e, certamente, o mais problemático do fenômeno que estamos para examinar está, de fato, justamente aqui, neste encontro entre os dois poderes e as duas funções: o encontro entre a *lei* e a *sentença*, entre a *norma* e o *juízo*, entre o *legislador* e o *juiz*”. CAPPELLETTI, Mauro. *O controle...*, cit., 1992, p. 26.

<sup>601</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito...*, cit., 2008, p. 708 e ss.

<sup>602</sup> Conforme Barroso, o controle de constitucionalidade pelo Poder Executivo é feito de três formas: a) poder de veto (CF, art. 66, § 1º). Explica que “O processo legislativo comum tem como uma de suas fases a remessa do projeto aprovado pela casa legislativa ao Chefe do Executivo, para sanção ou veto. Nessa oportunidade, o Presidente da República (ou, em âmbito estadual e municipal, o Governador ou o Prefeito) poderá aquiescer ao texto aprovado e sancioná-lo, convertendo o projeto em lei. Todavia, se uma dessas autoridades considerar que o projeto é, no todo ou em parte, inconstitucional, deverá vetá-lo, total ou parcialmente, assim impedindo que ingresse no mundo jurídico um ato legislativo incompatível com a Constituição”; b) possibilidade de descumprimento de lei inconstitucional; c) possibilidade de propositura de ação direta, conforme legitimidade prevista no art. 103 da Constituição. BARROSO, Luís Roberto. *O Controle...*, cit., 2009, pp. 67-72.

<sup>603</sup> CF/88, art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do

algumas vezes de forma preventiva<sup>606</sup>, outras repressivamente. Não obstante, as hipóteses de exercício de controle político não têm o condão de classificar o sistema brasileiro como *misto* – político e jurisdicional – sobretudo porque não há um órgão político no Brasil cuja

---

recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

<sup>604</sup> No Brasil, o Chefe do Executivo pode vetar um projeto de lei em duas hipóteses: quando entender que o projeto de lei é inconstitucional (veto jurídico) ou quando entender que tal é contrário ao interesse público (veto político). Embora o veto possa ser utilizado nessas duas hipóteses, apenas o *veto jurídico* consubstancia controle de constitucionalidade preventivo, haja vista que o veto político leva em consideração apenas o interesse público, não havendo, neste caso, afronta direta à Constituição. Nesse sentido, entre outros: MORAES, Alexandre de. *Direito...*, cit., 2006, p. 643; FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade*. Revista de Informação Legislativa. Ano 36, nº 142 abr/jun, Brasília: 1999, pp. 279/296; e BARROSO, Luís Roberto. *O Controle...*, 2009, p. 67 e ss, entre outros.

<sup>605</sup> O Poder Legislativo também exerce controle de constitucionalidade no Brasil. Luís Roberto Barroso aponta as seguintes hipóteses desse controle atípico: a) pronunciamento da Comissão de Constituição e Justiça, que é um órgão legislativo em cujo elenco de atribuições figura a manifestação acerca das propostas de emenda constitucional e dos projetos de lei apresentados, sob a ótica de sua compatibilidade com o texto constitucional; b) rejeição do veto do Chefe do Executivo, pois na hipótese de o Chefe do Executivo vetar um projeto de lei, total ou parcialmente, inclusive com fundamento em sua inconstitucionalidade, cabe ao Congresso Nacional, em sessão conjunta, apreciar o ato presidencial, podendo rejeitar o veto pela maioria absoluta dos deputados e senadores, em escrutínio secreto (CF, art. 66, § 4º); c) Sustação de ato normativo do Executivo, pois o art. 49, V, da Constituição de 1988 confere competência exclusiva ao Congresso Nacional para sustar os atos normativos do poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Ambas as hipóteses ensejam ao Legislativo o controle de constitucionalidade para assegurar a observância do princípio da legalidade, na eventualidade de vir a ser vulnerado por conduta abusiva do Chefe do Executivo. d) juízo prévio acerca das medidas provisórias: a Emenda Constitucional nº 32/2001 alterou o regime jurídico das medidas provisórias – atos com força de lei, que podem ser editados pelo presidente da República em casos de relevância e urgência –, inclusive estabelecendo um conjunto de limitações materiais a seu conteúdo. Ao Congresso passou a caber um juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais (art. 62, § 5º), que permite a rejeição liminar da medida; e) aprovação de emenda constitucional superadora da interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, pois, salvo em relação às matérias protegidas por cláusulas pétreas, a última palavra acerca de qual deve ser o direito constitucional positivo em dado momento é do Congresso Nacional, no exercício de seu poder constituinte derivado; f) possibilidade de propositura de ação direta por órgãos do Legislativo, conforme possibilita o art. 103 da Constituição: são os órgãos de Direção do Poder Legislativo federal e estadual, isto é, as Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e da Assembleia Legislativa; g) possibilidade de revogação da lei inconstitucional, mas não da declaração de inconstitucionalidade por ato legislativo: No sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, somente o Judiciário pode pronunciar a inconstitucionalidade de uma lei em vigor, colhendo retroativamente as situações que se formaram sob sua égide. Ao Legislativo é dada a faculdade de revogar a lei, retirando-a do ordenamento jurídico, com efeitos *ex nunc*, sem afetar a validade dos atos praticados sob a vigência da norma revogada. Não podem os órgãos legislativos de qualquer dos níveis de poder anular ou declarar a nulidade de atos normativos, com a intenção de dar caráter retroativo, *ex tunc*, à sua manifestação. O Legislativo revoga leis, mediante juízo discricionário de conveniência e oportunidade, ao passo que o Judiciário as invalida, por vício de inconstitucionalidade. Esses papéis não podem ser trocados. BARROSO, Luís Roberto. *O Controle...*, cit., 2009, pp. 72-76.

<sup>606</sup> Para Jorge Miranda, o objetivo do controle preventivo (ou da fiscalização preventiva, como previsto na Constituição portuguesa) é impedir, vedar ou dificultar a vigência de normas indubitavelmente inconstitucionais; é evitar que um ato jurídico inconstitucional, fundamentalmente, uma norma inconstitucional, venha a ser promulgada e se torne válida e eficaz. É, fundamentalmente, um instrumento de defesa da Constituição contra violações primárias, grosseiras e inequívocas, que justifiquem a fiscalização *a priori*. MIRANDA, Jorge. *Manual...*, cit., 1988, p. 357 e ss.

atribuição precípua seja controlar a constitucionalidade das leis ou atos normativos, a exemplo daqueles existentes em Portugal e França<sup>607</sup>, entre outros.

A fiscalização de constitucionalidade, no Brasil, é realizada por meio dos controles difuso, de origem norte-americana<sup>608</sup>, a partir das razões de decidir apresentadas pelo juiz Marshall<sup>609</sup>, e concentrado, que finca suas raízes no modelo austríaco.<sup>610</sup>

O controle difuso<sup>611</sup> caracteriza-se pela capacidade que possui qualquer juiz ou

---

<sup>607</sup> Conforme CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle...*, cit., 1992, p. 27.

<sup>608</sup> Embora já existissem inúmeros precedentes na Inglaterra e em outras partes da Europa acerca do controle de constitucionalidade das leis, esta doutrina veio a desenvolver-se efetivamente nos Estados Unidos da América, em 1803, a partir do conhecido caso *Marbury vs. Madison*. Ao julgar o mencionado caso, o juiz John Marshall, da Suprema Corte dos EUA, atuando de forma muito mais política do que jurídica, prolatou decisão precursora do sistema de controle judicial de constitucionalidade das leis (*judicial review*), fundamentando suas ideias nos princípios da supremacia e da rigidez constitucional. Conforme: TRIBE, Laurence H. *American...*, cit., 1988, pp. 23-26; BARRON, A. Jerome; e DIENES, C. Thomas. *Constitutional Law*. 7<sup>th</sup> Edition, Thomson Reuters, 2009, pp. 4 e ss.; CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional...*, cit., 2011, pp. 37-44; FLETCHER, George P. and SHEPPARD, Steve. *American Law – in a Global Context*, New York: Oxford University Press, 2005, pp. 132-149.

<sup>609</sup> Esclareça-se que a origem do controle difuso não deve ser atribuída apenas a John Marshall, pois antes mesmo de 1803, quando foi julgado o caso *Marbury vs. Madison*, Hamilton já afirmava que “Não é admissível supor que a Constituição tenha tido a intenção de facultar os representantes do povo para substituir sua vontade à de seus eleitores. É muito mais racional entender que os tribunais foram concebidos como um corpo intermediário entre o povo e a legislatura, com a finalidade, entre várias outras, de manter esta última dentro dos limites atribuídos à sua autoridade. A interpretação das leis é própria e peculiarmente da incumbência dos tribunais. Uma constituição é, de fato, uma lei fundamental e assim deve ser considerada pelos juízes. A eles pertence, portanto, determinar seu significado, assim como o de qualquer lei que provenha do corpo legislativo. E se ocorresse que entre as duas existisse uma discrepância, deverá ser preferida, como é natural, aquela que possua força obrigatória e validade superiores; em outras palavras, deverá ser preferida a Constituição à lei ordinária, a intenção do povo à intenção de seus mandatários”. HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista (Um comentário à Constituição Americana)*. Nº LXXVIII. Tradução de Reggy Zacconi de Moraes, Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959, p. 314.

<sup>610</sup> O sistema de controle concentrado de constitucionalidade finca suas raízes Constituição austríaca de 1920, na qual foi criada uma corte constitucional que seria o único órgão competente para o exercício do controle dos atos emanados dos poderes legislativo e executivo. O art. 89 da Constituição austríaca de 1920 negou expressamente aos tribunais o poder de apreciar a validade das leis em vigor, enquanto os arts. 137/145 estabeleceram as competências do recém-criado Tribunal Constitucional, com destaque para a sua principal e então inovadora prerrogativa: exercer, de forma exclusiva, o controle de constitucionalidade das leis, sem que houvesse um caso concreto a ser dirimido, mas apenas a discussão abstrata sobre a validade da lei. Conforme KELSEN, Hans. *Jurisdição...*, cit., 2003, p. 6 e ss.

<sup>611</sup> Mauro Cappelletti explica o controle difuso da seguinte forma: “no método de controle ‘difuso’ de constitucionalidade – no denominado método ‘americano’, em suma – todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, federais ou estaduais, têm, como foi dito, o poder e o dever de não aplicar as leis inconstitucionais aos casos concretos submetidos a seu julgamento. Experimentemos então imaginar, como hipótese de trabalho – uma hipótese que, de resto, foi tornada realidade, como já se referiu, em alguns países, ou seja, na noruega, dinamarca, suécia e foi posta em prática, por poucos anos, também na Alemanha e na Itália – a introdução deste método “difuso” de controle nos sistemas jurídicos da Europa continental e, mais em geral, nos sistemas denominados de civil law, ou seja, de derivação romanística, em que não existe o princípio, típico dos sistemas de *common law*, do ‘stare decisis’. Pois bem, a introdução, nos sistemas de civil law, do método “americano” de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada

tribunal de pronunciar-se acerca da compatibilidade da norma utilizada no caso concreto com a constituição, a fim de dar uma solução ao litígio posto a julgamento que esteja em consonância com as normas e princípios constitucionais. No âmbito do controle *difuso* ou *aberto*, também chamado controle por *via de exceção* ou *defesa*<sup>612</sup> (ou ainda *sistema de desaplicação*<sup>613</sup>), tanto o autor quanto o réu – e ainda terceiros intervenientes – podem fazer uso do incidente de inconstitucionalidade na defesa de seus direitos. Contudo, saliente-se, mais uma vez, que em nenhum momento será posta em discussão a norma em si, ou seja, não se discute a norma *em tese*, mas apenas a relação jurídica sobre a qual, em dado momento, ocorre ato ou fato fundamentado em norma que se presume contrária à constituição.<sup>614</sup>

Embora no Brasil qualquer juiz possua competência para exercer o controle concreto de constitucionalidade das leis, tendo as normas constitucionais como paradigma, aos tribunais o legislador constituinte exigiu que decisão pela inconstitucionalidade da norma impugnada demandasse o voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial, conforme prescreve o artigo 97, da Lei Maior<sup>615</sup>. Tal exigência é denominada “cláusula de reserva de plenário”<sup>616</sup> e nos dias atuais já se encontra mitigada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>617</sup>. Cumpre esclarecer

---

inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional. CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle...*, cit., 1992, pp. 76-77.

<sup>612</sup> O professor André Ramos Tavares registra a impropriedade da denominação controle por “via de defesa”, apresentando a justificativa segundo a qual tal controle tanto “pode ser apresentado na petição inicial como na defesa técnica, tanto pelo autor quanto pelo réu”. TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 216.

<sup>613</sup> Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 903.

<sup>614</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito...*, cit., 2008, p. 709.

<sup>615</sup> Constituição brasileira de 1988, art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

<sup>616</sup> “Nenhum órgão fracionário de qualquer tribunal, exceto o ‘órgão especial’ de que cogita o art. 93, nº XI, da Carta da República, tem competência para declarar inconstitucional, mesmo incidentalmente, uma lei ou outro ato normativo do poder público. É o que resulta do preceito segundo o qual a inconstitucionalidade não pode ser declarada senão pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou – onde exista – do ‘órgão especial’ acima referido”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 39.

<sup>617</sup> “O art. 97 da Constituição, ao subordinar o reconhecimento da inconstitucionalidade de preceito normativo a decisão nesse sentido da ‘maioria absoluta de seus membros ou dos membros dos respectivos órgãos especiais’, está se dirigindo aos tribunais indicados no art. 92 e aos respectivos órgãos especiais de que trata o art. 93, XI. A referência, portanto, não atinge juizados de pequenas causas (art. 24, X) e juizados especiais (art. 98, I), os quais, pela configuração atribuída pelo legislador, não funcionam, na esfera recursal,

ainda que a exigência de maioria absoluta só se faz presente no caso de decisão pela *inconstitucionalidade* da norma, pelo que, caso a decisão seja pela constitucionalidade, estará dispensado o *quórum* constitucional, podendo os órgãos fracionários dos tribunais, como as turmas ou câmaras, decidirem a questão. E é assim porque o fundamento que justifica a inclusão de tal regra no sistema jurídico brasileiro é “o fim político-técnico de prestigiar o ato do poder público, inclusive a lei, só admitindo a desconstituição daquele, ou dessa, por maioria absoluta de votos dos tribunais”.<sup>618</sup>

A decisão de qualquer juiz monocrático ou tribunal, inclusive do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, terá seus efeitos restritos apenas ao caso concreto e às partes envolvidas no processo. É a chamada eficácia *inter partes*, na qual os efeitos oriundos da declaração de inconstitucionalidade prejudicarão ou beneficiarão tão-somente as partes envolvidas no processo, não alcançando, pois, quaisquer outras pessoas, ainda que estejam em idêntica situação. Embora em regra o controle difuso emane efeitos *inter partes*, já que realizado no julgamento de um caso concreto, no Brasil existe a possibilidade de uma decisão proferida em controle difuso gerar efeitos para toda sociedade. Deveras, a atual Constituição brasileira dispõe em seu art. 52, X, que compete privativamente ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Ressalte-se que eventual suspensão efetuada pelo Senado Federal se dá por meio de resolução, conforme estabelece o art. 59, VII, da Lei Maior. A resolução do Senado Federal tem por objeto, portanto, estender a eficácia da decisão que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade de referida norma (que antes alcançava apenas as partes do processo), para todas as pessoas que, de uma forma ou de outra, possam ser alcançadas pelo ato normativo cuja existência é incompatível com a Lei Maior.<sup>619</sup>

Esse papel desempenhado pelo Senado Federal tem gerado, ao longo das últimas décadas, amplas discussões e acirrados debates sobretudo em relação à obrigatoriedade ou

---

sob regime de plenário ou de órgão especial”. (STF, AgR 792.562, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 18-3-2014, Segunda Turma, DJE de 2-4-2014.)

<sup>618</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários...*, cit., 1987, p. 611.

<sup>619</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *O controle incidental de constitucionalidade e o papel do Senado Federal*. L & C – Revista de Administração Pública e Política. Nº 102 – dezembro de 2006, Brasília: Ed. Consulex, pp. 04-08.



não de atuação da Câmara Alta, a partir da comunicação do Supremo Tribunal Federal dando conta da existência de lei declarada inconstitucional, definitivamente, para eventual suspensão de sua execução. É certo que, atualmente, tanto a Corte Suprema como o Senado Federal possuem posição sedimentada sobre o tema, ambos entendendo que a atuação do Senado Federal é de caráter meramente discricionário, não havendo, portanto, nenhuma obrigatoriedade por parte dessa Casa Legislativa em suspender a norma tida por inconstitucional. O principal fundamento a apoiar a discricionariedade, segundo seus defensores, seria o respeito ao princípio da separação dos poderes, pois não poderia o Supremo Tribunal Federal impor a outro poder o cumprimento de sua decisão.<sup>620</sup> Não obstante, necessário aqui abrir um parêntese para mencionar que o STF proferiu recentemente polêmica decisão no âmbito da Reclamação nº 4.335-5/AC, na qual conferiu caráter expansivo aos efeitos de decisão proferida em sede de controle concreto, ignorando a atribuição do Senado Federal estabelecida pelo art. 52, X, da Constituição, e promovendo, por linhas um tanto tortas, uma espécie de *abstrativização* do controle difuso de constitucionalidade<sup>621</sup>, que será analisada em detalhes no tópico atinente ao *ativismo judicial*.

Pois bem, com a declaração *incidenter tantum* da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, desfaz-se, em regra, desde sua origem<sup>622</sup>, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, seus efeitos (*ex tunc*) somente alcançarão as partes envolvidas no processo em que houve a citada declaração de inconstitucionalidade.<sup>623</sup>

---

<sup>620</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *O controle...*, cit., 2006, pp. 04-08.

<sup>621</sup> A referida decisão será examinada, em detalhes, no tópico relativo ao ativismo judicial, ainda neste capítulo.

<sup>622</sup> O STF tem admitido a modulação de efeitos também no controle difuso, conforme podemos constatar na ementa a seguir transcrita: (...) As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, III, b, da CF de 1988). (...) O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias. (...) Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69. V. Modulação dos efeitos da decisão. Segurança jurídica. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento”. (STF, RE 560626/RS. Rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. DJ de 10/12/2010).

<sup>623</sup> Cappelletti, ao se referir aos efeitos da decisão proferida em controle difuso, afirma que “a lei inconstitucional, porque contrária a uma *norma superior*, é considerada *absolutamente nula* (*‘null and void’*) e, por isto, *ineficaz*, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente, *declara uma*

Além do controle realizado de forma difusa, anteriormente sintetizado, existe ainda no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de fiscalização abstrata de constitucionalidade, que, desta feita, visa à declaração, por meio de ações próprias e preestabelecidas para este fim, de inconstitucionalidade de ato ou omissão normativa do Poder Público para, a partir daí, excluí-lo do mundo jurídico ou, no caso específico de omissão, buscar conferir efetividade ao direito violado.<sup>624</sup>

Afora a competência para o julgamento, outra importante distinção entre os controles difuso e o concentrado é que neste “a impugnação de uma norma é feita independentemente de qualquer litígio concreto”.<sup>625</sup> Com efeito, tal processo não se presta a dar solução a um caso específico, mas, diferentemente, tem por objetivo aferir a compatibilidade de uma norma *em tese* relativamente aos princípios e regras insculpidos na Constituição. Por outros termos, a fiscalização abstrata de constitucionalidade extirpa do ordenamento jurídico a norma incompatível com a Constituição<sup>626</sup>; diferentemente ocorre no âmbito do controle difuso, o qual é exercido incidentalmente nos autos de um caso concreto posto a julgamento, no qual, portanto, “a lei censurada não é destruída”<sup>627</sup>, mas apenas utilizada como fundamento para o pedido.

No controle abstrato, portanto, o que se visa é retirar a própria lei ou ato normativo do ordenamento jurídico<sup>628</sup>, ou, ao contrário, suprir a omissão inconstitucional eventualmente constatada, e não compor uma lide ou a resolver um caso concreto, como

---

(*pré-existente*) nulidade da lei inconstitucional”. CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle...*, cit., 1992, pp. 115-116.

<sup>624</sup> Rui Medeiros destaca algumas vantagens do controle concentrado em relação ao difuso: “Estando em causa um juízo sobre a inconstitucionalidade de normas gerais, à necessidade genérica de evitar desarmonias de julgados junta-se a conveniência em introduzir um sistema capaz de propiciar a expurgação da norma inconstitucional do ordenamento jurídico ou, pelo menos, uma prática uniforme em relação aos respectivos juízos de inconstitucionalidade”. MEDEIROS, Rui. *A decisão...*, cit., 1999, p. 97.

<sup>625</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito*. cit., 2003, p. 900.

<sup>626</sup> Cappelletti, ao se referir ao controle concentrado explicita que neste sistema “a inconstitucionalidade e consequente invalidade e, portanto, inaplicabilidade da lei não pode ser acertada e declarada por qualquer juiz, como mera manifestação de seu poder e dever de interpretação e aplicação do direito ‘válido’ nos casos concretos submetidos a sua competência jurisdicional”. CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle...*, cit., 1992, p. 84.

<sup>627</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la démocratie en Amérique*, I, Éditions Gallimard, 1986, p. 169.

<sup>628</sup> Não se cogita, propriamente, da defesa de interesse do Requerente (*Rechtsschutzbedürfnis*), que pressupõe a defesa de situações subjetivas. Nesse sentido, assentou o *Bundesverfassungsgericht* que, no controle abstratos de normas, cuida-se fundamentalmente, de um processo unilateral, não-contraditório, isto é, de um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente requerido. A admissibilidade do controle de normas, ensina Söhn, está vinculada, tão-somente, a uma necessidade pública de controle (*öffentliches Kontrollbedürfnis*). MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade - Aspectos políticos e Jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 250-251.

ocorre no controle difuso. Em outras palavras, no controle abstrato o Tribunal Constitucional atua como verdadeiro *defensor*<sup>629</sup> ou *guardião*<sup>630</sup> da constituição. Exatamente por não existir um caso concreto a ser solucionado, mas apenas uma discussão *em tese* sobre a adequação da norma impugnada (ou da omissão) à constituição, diz-se que o controle abstrato possui a natureza de processo *objetivo*<sup>631</sup>, pois do ponto de vista processual não há *partes*, haja vista que tal processo se destina unicamente à defesa do texto constitucional.<sup>632</sup>

O sistema de controle abstrato de constitucionalidade, no direito brasileiro, encontra suas raízes na Constituição de 1934, que atribuiu competência ao Congresso Nacional para decretar a intervenção federal nos Estados-membros, quando por estes fossem desrespeitados os princípios constitucionais sensíveis, elencados no art. 7º daquela Carta. Contudo, foi através da Emenda Constitucional n. 16, de 6 de dezembro de 1965 (na vigência na Constituição de 1946, portanto), que o controle concentrado ingressou definitivamente no ordenamento jurídico brasileiro. A referida reforma atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, a representação do Procurador-Geral da República por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. A Constituição Federal de 1988 não só manteve o controle abstrato de constitucionalidade de normas como o modernizou, criando novas formas de fiscalização e aumentando o rol de legitimados.

O controle abstrato de constitucionalidade, de acordo com o art. 102, I, “a”, da CF/88, é de competência originária do Supremo Tribunal Federal, quando a norma paradigma para a fiscalização seja a Constituição Federal. Daí ser chamado de controle concentrado, conforme anteriormente explicitado. Quando, no entanto, o parâmetro de

---

<sup>629</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 900.

<sup>630</sup> KELSEN, Hans. *Quem deve ser...*, cit., 2003, p. 5 e ss.

<sup>631</sup> Enterría, ao realizar estudo sobre as origens da justiça administrativa francesa retrata a concepção de um processo *objetivo*, segundo a qual tal processo se caracterizaria pela inexistência de partes e também a defesa de interesse subjetivo. ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *Hacia una Nueva Justicia Administrativa*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1992, p. 86.

<sup>632</sup> Jorge Miranda, ao tratar sobre o controle abstrato ou em tese, apresenta-nos a seguinte lição: “é fiscalização abstracta ou em tese a que se dirige aos comportamentos dos órgãos do poder público ou às normas, em si, por aquilo que significam na ordem jurídica, independentemente de sua incidência em quaisquer relações ou situações da vida”. MIRANDA Jorge. *Manual...*, cit., 1988, p. 312.

análise for a Constituição de um Estado-membro ou a Lei Orgânica do Distrito Federal, o controle abstrato será de competência do respectivo Tribunal de Justiça.<sup>633</sup>

Diferentemente do que ocorre no âmbito do controle difuso, que possibilita a qualquer pessoa (parte ou interveniente) arguir incidentalmente eventual ofensa à Constituição, no controle concentrado a legitimação ativa se limita aos órgãos ou pessoas elencadas no art. 103 da CF/88<sup>634</sup>. Se a legitimação ativa é distinta, distintos também são os efeitos que emanam das duas formas de controle de constitucionalidade existentes no Brasil. Deveras, a decisão de inconstitucionalidade proferida no âmbito do controle difuso, como dito, possui em regra efeitos *ex tunc* e eficácia *inter partes*; já os efeitos alcançados nos processos de fiscalização abstrata têm, em regra, eficácia geral (*erga omnes*) e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta dos quatro entes federativos.<sup>635</sup> Além da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante, a regra geral no controle abstrato de normas é a produção de efeitos *ex tunc*, retroagindo, pois, à origem da norma impugnada.

Nada obstante, tanto a Lei nº 9.868/99, que trata sobre a ação direta de inconstitucionalidade, em seu art. 27, quanto a Lei nº 9.882/99, que regula o processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, em seu art. 11, permitem que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dessas ações de controle abstrato, possa, excepcionalmente, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, e por maioria de 2/3 de seus ministros<sup>636</sup>, restringir os efeitos da decisão, conceder eficácia *ex nunc* ou ainda fixar outro momento para o início da eficácia de sua decisão. Trata-se do sistema brasileiro de *modulação de efeitos*<sup>637</sup> previsto expressamente para as ações de

---

<sup>633</sup> Conforme estabelece o art. 125, §§ 1º e 2º da Constituição de 1988.

<sup>634</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

<sup>635</sup> CF/1988, art. 102 (...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

<sup>636</sup> Exige, portanto, o voto de pelo menos oito ministros dos onze que compõem o Supremo Tribunal Federal.

<sup>637</sup> Para Eduardo Talamini, “A possibilidade de excepcionalmente restringir os efeitos retroativos ou mesmo atribuir apenas efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade – ao contrário do que possa parecer

fiscalização abstrata<sup>638</sup> e também possível, excepcionalmente, na seara do controle difuso, conforme alhures explicitado.

Atualmente, o sistema brasileiro de controle abstrato de constitucionalidade se serve de várias ações judiciais específicas cuja finalidade precípua é a de averiguar a inconstitucionalidade dos atos normativos ou omissões do Poder Público. São elas: ação direta interventiva, prevista no art. 34 da Constituição Federal; ação direta de inconstitucionalidade (positiva ou negativa) e ação declaratória de constitucionalidade, ambas regulamentadas por meio da Lei n. 9.868/99; e ainda a arguição de descumprimento de preceito fundamental, inserida no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei n. 9.882/99.

Como a presente investigação tem por objetivo analisar a *inatividade normativa qualificada* e as consequências que dela derivam, por certo que nem todos os mecanismos de controle de constitucionalidade antes referenciados merecerão análise neste estudo, mas apenas aqueles instituídos especificamente para o combate à inércia normativa estatal, vale dizer, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o *remédio* constitucional denominado mandado de injunção.

### **2.6.1. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão no direito brasileiro**

Consoante já explicitado, a Constituição brasileira de 1988 apresenta em seu texto inúmeras normas de eficácia limitada, assim entendidas aquelas que demandam complementação por intermédio de outra norma de nível hierárquico inferior, para garantir-

---

– confere maior operacionalidade ao sistema de controle abstrato. A regra da retroatividade absoluta e sem exceções acaba fazendo com que o tribunal constitucional, naquelas situações de conflito entre os valores acima mencionados, muitas vezes simplesmente deixe de declarar a inconstitucionalidade da norma, para assim evitar gravíssimas consequências que adviriam da eficácia *ex tunc* dessa declaração”. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 439.

<sup>638</sup> A modulação de efeitos não é uma novidade nos sistemas de controle de constitucionalidade. A propósito, Cappelletti, ao fazer referência especificamente ao modelo austríaco de controle concentrado, salienta que neste sistema “a Corte Constitucional não declara nenhuma nulidade, mas *anula, cassa* (*‘aufhebt’*) uma lei que, até o momento em que o pronunciamento da Corte não seja publicado, é *válida e eficaz*, posto que inconstitucional. Não é só: mas – coisa ainda mais notável – a Corte Constitucional austríaca tem, de resto, o poder discricionário de dispor que a anulação da lei opere somente a partir de uma determinada data *posterior* à publicação (*‘Kundmachung’*) de seu pronunciamento, contanto que este diferimento da eficácia constitutiva do pronunciamento não seja superior a um ano”. CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle...*, cit., 1992, p. 116.

lhe a eficácia esperada pelo legislador constituinte. Em consequência, para que passem a ter efetividade tais normas exigem a atuação positiva do legislador ou mesmo da autoridade administrativa no sentido de ser produzida a norma faltante. Caso o ato normativo requerido constitucionalmente não seja elaborado pelo Poder competente, um dos mecanismos de combate ao silêncio estatal é a ação de inconstitucionalidade por omissão (o outro é o mandado de injunção, a ser analisado na sequência).

Nascida sob forte influência do direito português, a Constituição brasileira de 1988 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADIo), que propicia um controle em abstrato da inércia estatal, isto é, por meio de processo objetivo<sup>639</sup>. Nesse sentido, dispõe o § 2º do art. 102 da Constituição que, “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

A ação de inconstitucionalidade por omissão, como se pode notar, tem por objetivo reprimir, por meio de processo de fiscalização abstrata, as omissões que “atendem contra a efetividade da norma constitucional”<sup>640</sup>, pois é tão censurável uma ação normativa estatal que contraste com a Constituição, como uma omissão indevida em face desse mesmo diploma<sup>641</sup>. Na lição de Cunha Junior, há, portanto, omissão inconstitucional quando, devendo agir para tornar efetiva norma constitucional, o poder público se queda inerte, abstendo-se indebitamente. Mas essa omissão não ocorre em qualquer circunstância, antes, pressupõe o não cumprimento de uma norma constitucional individualizada, ou seja, norma certa e determinada.<sup>642</sup> A finalidade de tal ação, em outras palavras, é “permitir que toda norma constitucional alcance eficácia plena, obstando que a inação do legislador venha a impedir o exercício de direitos constitucionais”.<sup>643</sup>

Separando as omissões legislativas resultantes da violação de normas constitucionais concretamente impositivas, do não cumprimento da Constituição derivado

---

<sup>639</sup> Por processo objetivo, conforme já analisado, entenda-se aquele que se caracteriza pela inexistência de partes e também de um interesse subjetivo a ser tutelado. GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Hacia una...*, cit., 1992, p. 86.

<sup>640</sup> ZIMMERMANN, Augusto. *Curso...*, cit., 2002, p. 588.

<sup>641</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso...*, cit., 2011, p. 389.

<sup>642</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso...*, cit., 2011, p. 389.

<sup>643</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 113.

da não atuação de normas-fim ou normas-tarefa, abstratamente impositivas, Canotilho leciona que as omissões legislativas inconstitucionais, isto é, aquelas que possuem aptidão para fundamentar uma ação de inconstitucionalidade são apenas as imposições constitucionais legiferantes em sentido estrito, assim compreendidas como aquelas resultantes do incumprimento de normas que, “de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adoção de medidas legislativas concretizadoras da Constituição”.<sup>644645</sup>

Além da omissão legislativa marcada pela vinculação do legislador primário à obrigação de concretizar a Constituição, considerada mais afrontosa à lei maior, também ocorre inatividade normativa juridicamente relevante quando o texto constitucional “consagra normas sem suficiente densidade”<sup>646</sup> para se tornarem exequíveis por si próprias e, por consequência, remete implicitamente ao legislador a tarefa de conferir-lhes concretude. Por fim, ainda consoante o magistério de Canotilho, haverá omissão legislativa inconstitucional nos casos em que o legislador descumpra “ordens de legislar”<sup>647</sup> constitucionalmente consagradas no corpo da constituição.<sup>648</sup>

Por ser um mecanismo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, exercitado de forma concentrada pelo Supremo Tribunal Federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, diferentemente do que ocorre com o mandado de injunção, somente pode ser proposta pelos legitimados previstos no art. 103 da Constituição de 1988, que são os seguintes: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

---

<sup>644</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 1034.

<sup>645</sup> Para María Villota Benavides, “a inobservância do caráter vinculante da norma constitucional por parte do legislador redundando em um duplo conflito: por um lado, por violação ao princípio da legalidade nas atuações dos agentes públicos e, por outro, da ilegitimidade no exercício do poder legiferante”. VILLOTA BENAVIDES, María Susana Villota. *El control...*, cit., 2012, p. 461.

<sup>646</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 1034.

<sup>647</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 1035.

<sup>648</sup> Ainda segundo a lição de Canotilho, as ordens de legislar não se confundem com as imposições constitucionais, porquanto estas se caracterizam como determinações permanentes e concretas, enquanto aquelas traduzem-se em imposições únicas, ou seja, imposições concretas mas não permanentes de “emanação de uma ou várias leis necessárias à criação de uma nova instituição ou à adaptação das velhas leis a uma nova ordem constitucional”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 1035.

Por fim, deve-se registrar que segundo o entendimento do STF é incabível a concessão de medida liminar em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, tendo em vista que nem mesmo o julgamento de mérito pode impor o afastamento da omissão<sup>649</sup>, ou seja, a feitura da norma. Além disso, a Corte Suprema também já consolidou o entendimento segundo o qual haverá perda de objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão na hipótese de ser revogada a norma que reclamava regulamentação.<sup>650</sup>

### 2.6.1.1. Efeitos da decisão

A teor do que dispõe o § 2º do art. 103 da Constituição<sup>651</sup>, a decisão que declarar a inconstitucionalidade por omissão será comunicada ao poder competente para a ciência da mora e adoção das providências necessárias ao suprimento da inércia normativa; em se tratando de órgão administrativo, a comunicação do STF é no sentido de suprir a omissão no prazo de trinta dias.

Na lição de Jorge Miranda, aplicável perfeitamente ao sistema brasileiro, a declaração de inconstitucionalidade por omissão não possui caráter preventivo, nem substitutivo. Trata-se de uma fiscalização *a posteriori*, haja vista que o Tribunal não interfere na formação de quaisquer atos e somente poderá agir em virtude duma omissão juridicamente relevante a cujo prévio reconhecimento tem de proceder. Assim, não tem caráter substitutivo, porquanto não está autorizado o Tribunal a adotar as medidas que repute necessárias, ainda quando o órgão omissor ao qual tenha sido comunicada a verificação, não supra a omissão declarada judicialmente.<sup>652</sup>

Além do contido na Constituição de 1988, tem-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de ação de inconstitucionalidade por omissão produz efeitos *erga omnes*, após o seu trânsito em julgado e, via de regra, *ex nunc*, ou seja, para o futuro. Ainda no que concerne aos efeitos temporais, a Lei nº 9869/1999 indica a possibilidade de

---

<sup>649</sup> (STF, ADIn 361, Rel. Min. Marco Aurélio, Julgamento 5.10.1990).

<sup>650</sup> (STF, ADIn 1.836, Rel. Min. Moreira Alves, Julgamento 18.06.1998).

<sup>651</sup> O exato teor do dispositivo constitucional é o seguinte: Art. 102 (...) § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

<sup>652</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual...*, cit., 1988, p. 402.



modulação dos efeitos da decisão, conforme previsão do art. 27<sup>653</sup>. A propósito, no julgamento da ADIo 3.682-3, relatada pelo Min. Gilmar Mendes, reconheceu-se a possibilidade de outorgar efeitos *ex tunc* à decisão que declara a inconstitucionalidade por omissão, “considerando que o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão pode ter produzido efeitos no passado – sobretudo por se tratar de omissão legislativa – faz-se mister, muitas vezes, que o ato destinado a corrigir a omissão inconstitucional tenha caráter retroativo”.<sup>654</sup>

O dispositivo constitucional em estudo, como visto, diante de uma omissão normativa derivada da inação do Poder Legislativo, apenas determina a cientificação deste Poder, para, se quiser, adotar as providências de sua alçada<sup>655</sup>. Tal dispositivo indica uma decisão judicial de caráter declaratório, somente<sup>656</sup>. Apenas se a omissão for adveniente de órgão administrativo é que a cientificação do STF possuirá força mandamental, ficando o órgão omissor neste caso obrigado a editar a norma faltante no prazo de trinta dias. Como se vê, a omissão oriunda do Poder Legislativo, invariavelmente a mais comum no Brasil, não encontra resposta contundente do Poder Judiciário, porquanto o próprio texto constitucional restringe os efeitos de sua decisão. Nesse quadro, em regra não há uma atuação mais incisiva do Judiciário com vistas à concretização de sua decisão, despertando, mais uma vez, o debate sobre o nível de ousadia que cabe ao guardião da Constituição na defesa dos direitos fundamentais, tema que será abordado em tópicos subsequentes.

---

<sup>653</sup> O art. 27 da Lei nº 9.868/99 institui no Brasil a possibilidade de modulação de efeitos em decisões de ação de inconstitucionalidade (por ação ou por omissão). O aludido dispositivo legal estabelece que: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

<sup>654</sup> (STF, ADI 3.682-3/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, publicação 05.09.2007).

<sup>655</sup> Esclareça-se que a Lei 12.063/2009 acrescentou à Lei 9.869/1999 o art. 12-H, o qual estabelece que “declarada a inconstitucionalidade por omissão, com observância do disposto no art. 22, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias”. Saliente-se, contudo, que não há qualquer inovação jurídica em relação ao dispositivo acrescentado, porquanto este limitou-se a reproduzir o Texto Constitucional, que estabelece em seu art. 103, primeira parte, que: “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção de providências necessárias (...)”.

<sup>656</sup> Ahumada Ruiz adverte sobre “qual deve ser a sanção de uma omissão legislativa e como se pode instrumentalizar a imposição da obrigação de legislar, pois prever um controle desprovido de sanção não parece ser o remédio mais eficaz”. AHUMADA RUIZ, Maria Angeles. *El control...*, cit., 1991, p. 169.

Da mesma forma que ocorre no âmbito das decisões em sede de mandado de injunção<sup>657</sup>, também na seara da ação de inconstitucionalidade por omissão existe forte controvérsia doutrinária e jurisprudencial relativamente aos efeitos da decisão judicial. Com efeito, existe uma primeira corrente, denominada *não-concretista*<sup>658</sup>, que sustenta que a decisão do STF em ação de inconstitucionalidade por omissão deve se limitar a comunicar a omissão normativa inconstitucional ao Poder Legislativo, com fundamento em interpretação literal do dispositivo constitucional e também no princípio da separação dos poderes<sup>659</sup>; em sentido contrário, parte da doutrina (corrente *concretista*)<sup>660</sup>, fundada na busca por efetividade das normas constitucionais, exige uma atuação mais proativa do

---

<sup>657</sup> O mandado de injunção será examinado adiante, em tópico próprio.

<sup>658</sup> Adotada no Brasil por ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001; BERNARDES, Juliano Taveira. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADInO)*. In: *Ações Constitucionais*. 5ª ed. (Org. Fredie Didier Junior). Salvador: Ed. Juspodivm. 2011, entre outros.

<sup>659</sup> Veja-se o seguinte precedente do STF, que retrata o pensamento majoritário da Corte: “O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, seja quando este vem a fazer o que o estatuto constitucional não lhe permite, seja, ainda, quando vem a editar normas em desacordo, formal ou material, com o que dispõe a Constituição. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado, no entanto, deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a própria Carta Política lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total (quando é nenhuma a providência adotada) ou parcial (quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público). Entendimento prevalecente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: (RTJ 162/877-879, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno). (...) A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. (...) O reconhecimento formal, em sede de ação direta, mediante decisão da Suprema Corte, de que o Poder Público incorreu em inadimplemento de obrigação fixada no texto da própria Constituição, somente autoriza o STF a dirigir-lhe mera comunicação, ainda que em caráter admonitório, para cientificá-lo de que se acha em mora constitucional, ressalvado o caráter mandamental dessa mesma decisão, quando se tratar, excepcionalmente, de órgão administrativo, hipótese em que este terá que cumprir a determinação da Corte, "em trinta dias" (CF, art. 103, § 2º). O Supremo Tribunal Federal, em sede de controle abstrato, ao declarar a situação de inconstitucionalidade por omissão, não poderá, em hipótese alguma, substituindo-se ao órgão estatal inadimplente, expedir provimentos normativos que atuem como sucedâneo da norma reclamada pela Constituição, mas não editada - ou editada de maneira incompleta - pelo Poder Público (...). (STF, ADI 1484/DF, Min. Celso de Mello, julgamento 21.08.2001, DJ 28.08.2001)

<sup>660</sup> Segundo a lição de Barroso, “A literalidade do § 2º do art. 103 e a resistência do Supremo Tribunal Federal em dar-lhe sentido mais abrangente, sob o fundamento de que não pode tornar-se legislador positivo, transformaram a ação direta de inconstitucionalidade por omissão em um remédio jurídico de baixa eficácia e, conseqüentemente, de uso limitado. A reduzida valia da mera ciência dá ao instituto um efeito essencialmente moral ou político, próprio para quem busca uma declaração de princípios, mas insuficiente para a tutela objetiva do ordenamento constitucional, quando vulnerado em sua supremacia”. BARROSO, Luís Roberto. *O controle...*, cit., 2009. p. 290).

STF, sob o argumento de que o texto constitucional disse menos do que pretendia, sendo, nesse cenário, inteiramente inócua a decisão que se limita a declarar a omissão normativa.<sup>661</sup>

Aqueles que defendem a corrente *não-concretista*, ampla maioria no direito brasileiro, como dito, fundamentam tal entendimento na interpretação literal do dispositivo constitucional, e, para além disso, nos princípios da separação de poderes e do estado democrático de direito, sustentando que, caso o Poder Judiciário atuasse efetivamente com vistas a suprir a omissão normativa de outro poder, estaria extrapolando suas funções constitucionais e comprometendo, com isso, o necessário equilíbrio entre os poderes. No contexto *não-concretista*, declarada a inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal não criará a norma faltante, nem se pronunciará sobre o modo pelo qual a omissão inconstitucional deverá ser superada. Em suma, a decisão “não eliminará a inconstitucionalidade, mas, apenas, a constará oficialmente”.<sup>662</sup>

Embora a tese *não-concretista* seja vencedora na jurisprudência do STF, há julgados na última década que sinalizam para uma mudança de tendência, perspectivada na atuação mais efetiva da Corte em sede de ação de inconstitucionalidade por omissão (e também nas decisões proferidas em mandado de injunção). Com efeito, no julgamento da ADI 3.682/MT<sup>663</sup>, o Supremo Tribunal Federal adotou posição que *flerta* com a corrente

---

<sup>661</sup> Adotam a corrente concretista, entre outros: TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002; BARROSO, Luís Roberto. *O controle...*, cit., Saraiva, 2009; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>662</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 264.

<sup>663</sup> “(...) Passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4º, da Constituição. 2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. 3. A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. 4. Ação julgada procedente para declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão. Não se trata de impor um

concretista, ao reconhecer, além da mora do legislador relativamente à sua omissão na regulamentação do § 4º do art. 18<sup>664</sup> da Constituição Federal, o dever constitucional de legislar do Congresso Nacional, fixando-lhe o prazo de dezoito meses para que fosse elaborada a norma faltante.

A decisão antes mencionada, conquanto não possa ser ainda enquadrada como verdadeiramente concretista, por certo aponta possível tendência do STF, sobretudo pela renovação de boa parte dos ministros da Corte. De todo modo, na referida decisão a Suprema Corte abandona a ideia inicial de uma decisão meramente declaratória, passando a adotar decisão mais efetiva, agora de natureza mandamental, isto é, não só declarando a omissão normativa maléfica à Constituição como também fixando prazo (daí a natureza mandamental) para que o *poder* omisso supra o vazio indesejado.

A corrente *concretista* não tolera um remédio que, mesmo amargo, não cura a doença da inatividade normativa, que tantos direitos suprime dos cidadãos. Nessa linha, Michel Temer é radicalmente contra os efeitos meramente declaratórios sustentados pela corrente *não-concretista*, afirmando, a partir de argumento de matiz histórica, que a ação de inconstitucionalidade por omissão é fruto das experiências constitucionais anteriores, quando inúmeras normas sequer foram regulamentadas, tornando-se *letra morta*, razão pela qual os efeitos esperados pelo legislador constituinte sinalizam no sentido de passar da mera “abstração para a concreção; da inação para a ação; do descritivo para o realizado”.<sup>665</sup>

---

prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios (...). (STF, ADI 3.682/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, Data de publicação: 05/09/2007)

<sup>664</sup> Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (...)

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 15, de 1996)

<sup>665</sup> Vejamos o raciocínio completo de Michel Temer: “A primeira afirmação que se deve fazer é aquela referente à finalidade desse controle: é a de realizar, na sua plenitude, a vontade constituinte. Seja: nenhuma norma constitucional deixará de alcançar eficácia plena. Os preceitos que demandarem regulamentação legislativa ou aqueles simplesmente programáticos não deixarão de ser invocáveis e exequíveis em razão da inércia do legislador. O que se quer é que a inação (omissão) do legislador não venha a impedir o auferimento de direitos por aqueles a quem a norma constitucional se destina. Quer-se – com tal forma de controle – passar da abstração para a concreção; da inação para a ação; do descritivo para o realizado. O legislador constituinte de 1988 baseou-se nas experiências constitucionais anteriores, quando muitas normas não foram regulamentadas por legislação integrativa e, por isso, tornaram-se ineficazes”. TEMER, Michel. *Elementos...*, cit., 2002, pp. 51-52.

Bem verdade que as duas correntes apresentam certo desconforto, por enfrentarem obstáculos tanto no plano prático quanto jurídico. Nesse contexto, interessante fazer referência à doutrina de Flávia Piovesan que, inspirada no modelo alemão, propõe que uma vez declarada inconstitucional a omissão, o Supremo Tribunal Federal fixe um prazo para que o órgão faltante a supra. Finalizado o prazo estipulado, caso órgão inicialmente omissivo permaneça nessa condição, poderá o próprio STF, a depender das nuances a envolver o caso concreto, suprir a omissão por meio de uma disposição normativa sobre a matéria, de índole provisória, até que o órgão em débito cumprisse seu dever constitucional.<sup>666</sup>

### **2.6.2. Reflexões sobre o mandado de injunção: da folia ao ceticismo**

No Brasil, a experiência das Constituições de 1946 e de 1967 revelou uma infeliz realidade, materializada no total desatendimento aos preceitos constitucionais desprovidos de eficácia plena, mormente aqueles relacionados ao constitucionalismo social<sup>667</sup>. Daí a ideia de inserir na atual Constituição um remédio contra o silêncio normativo do poder público, que, sabe-se, produz efeitos nefastos à sociedade e ao próprio modelo de Estado Constitucional.

No entanto, a simples previsão do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão sem a necessária efetividade das decisões judiciais relativas a tais mecanismos tem gerado frustração aos destinatários dos direitos constitucionais denegados e inquietação dos constitucionalistas, em decorrência da inocuidade e, mesmo, quase imprestabilidade reconhecida a tais instrumentos ao longo de quase três décadas de vigência da Carta de 1988. Imposições constitucionais dessa natureza, segundo Canotilho, são expressão mais de uma *ética de convicção* do que de uma *ética de responsabilidade prática*, e, por isso, a consequência será a da “grandiloquência nas palavras e a da fraqueza nos actos”<sup>668</sup>. Os constituintes moderados, continua o mestre português, “aceitam, no momento fundacional, compromissos emancipatórios

---

<sup>666</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção...*, cit., 2003, p. 126.

<sup>667</sup> Conforme lição de Dobrowolski, que exemplifica a situação com a Carta de 1946, que previa textualmente a participação dos empregados nos lucros das empresas, direito que, entre tantos outros, jamais foi concretizado verdadeiramente durante a vigência da aludida Constituição, passando a ser *letra morta*. DOBROWOLSKI, Sílvio. *Os meios jurisdicionais para conferir eficácia às normas constitucionais*. Revista dos Tribunais, n. 643, maio de 1989, p. 17.

<sup>668</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição...*, cit., 2001, p. XVII.

semanticamente formulados, mas não acreditam neles, nem tencionam levá-los à prática”<sup>669</sup><sup>670</sup>. Parece ser este o caso do mandado de injunção, que para além da utopia inicial perspectivada na inventividade e suposta presteza de tal instrumento para a superação dos silêncios normativos, tão comuns nas constituições pós-Estado Social, na realidade tem se mostrado muito mais uma figura jurídica meramente decorativa, importante apenas para formular teorias ou fomentar debates acadêmicos, mas irrelevante no que concerne à consecução de seu verdadeiro objetivo: a defesa de direitos fundamentais denegados pelo descaso do legislador.

Pois bem, o mandado de injunção, instrumento jurídico de combate à omissão normativa criado pela Constituição de 1988, não encontra correspondente ideal no direito alienígena. Apesar das claras influências de outros institutos que guardam certa semelhança com o mandado de injunção existentes nos ordenamentos jurídicos de outros países, tais como Itália, Estados Unidos e Inglaterra, a doutrina brasileira ainda vacila sobre sua verdadeira origem. Segundo o entendimento majoritário representado pela doutrina de José Afonso da Silva, “o mandado de injunção é um instituto que se originou na Inglaterra, no século XIV, como essencial remédio da *equity*”.<sup>671</sup><sup>672</sup> No direito anglo-americano, continua o ilustre constitucionalista, o instituto da *injunction* desempenha relevante papel, “quer nos litígios entre particulares, quer em matéria constitucional, à qual se estendeu com o passar dos anos”.<sup>673</sup>

Hely Lopes Meirelles, diferentemente, explica que o *writ of* presta-se a solucionar questões de direito público e privado, para em seguida afirmar que “O nosso mandado de

---

<sup>669</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição...*, cit., 2001, p. XVII.

<sup>670</sup> Já na primeira metade do século passado Pontes de Miranda asseverava que: “Nada mais perigoso do que fazer-se uma Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só cumprir nos princípios de que se precisa ou se entendam devam ser cumpridos, o que é pior. No momento, sob a Constituição que, bem ou mal, está feita, o que nos incumbe a nós, dirigentes, juízes e interpretes, é cumpri-la. Só assim, saberemos a que serviu e a que não serviu, nem serve. Se nada serviu em alguns pontos, que se emende, se reveja. Se em algum ponto a nada serve, que se corte nesse pedaço inútil. Se a algum bem público desserve, que de pronto se elimine. Mas, sem nada cumprir, nada poderemos fazer que mereça crédito. Não cumpri-la é estrangulá-la ao nascer.”. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946. Tomo I*, 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960, pp. 12 e 13.

<sup>671</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso...*, cit., 2011, p. 449.

<sup>672</sup> Segundo Irineu Strenger, “Em termos jurídicos, a injunção pode ser definida como ‘ordem com a qual o juiz impõe uma obrigação de fazer ou de não cumprir um ato determinado, cuja violação constitui um atentado ao direito. Fala-se, assim, de ‘prohibition’ ou ‘restrictive injuntion’ ou ainda a ‘mandatory injuntion’, esta última determinando a obrigação de fazer ou de não fazer”. STRENGER, Irineu. *Mandado de Injunção*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 13.

<sup>673</sup> BARBI, Celso Agrícola. *Proteção Processual dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Forense, 1988, p. 28.

injunção não é o mesmo *writ* dos ingleses e norte-americanos, assemelhando-se apenas na denominação”<sup>674</sup>. Analisando os instrumentos ingleses e norte-americanos que, ao menos no nome, apresentam similitude em relação ao mandado de injunção, Othon Sidou explicita que o *writ of injunction* tem por objetivo “impedir a execução da lei ou do ato reclamado, a fim de tolher a violação de direito por ente público ou particular, e, na forma de *prohibition*, outro *writ* com o qual se confunde, potencia-se contra os efeitos da coisa julgada, para impedir a execução de sentença ditada sem a observância de formalidades essenciais”.<sup>675</sup> O outro *writ* da série anglo-americana é o *mandamus*, que tem por objetivo “compelir alguém a executar certo dever imposto por lei, mas para cujo exercício não haja preceito regulamentador. Tudo aquilo a que o jurisdicionado tem direito e cujo exercício depende de autoridade pública ou de ente particular, pode, na falta de outro meio jurídico eficiente e imediato, ser conseguido mediante o *writ of mandamus*”.<sup>676</sup> Tais instrumentos, vale dizer, aproximam-se mais do mandado de segurança<sup>677</sup> brasileiro do que propriamente do mandado de injunção.

Estabelece o art. 5º, LXXI, da Constituição brasileira de 1988 que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Como se vê, por meio do mandado de injunção o legislador constituinte pretendeu instituir uma garantia ao indivíduo e em desfavor do Estado, especificamente com o propósito de combater as omissões normativas estatais que inviabilizassem o exercício de direitos e liberdades constitucionais. Pode-se afirmar, relativamente aos efeitos que se espera do mandado de injunção, que tal mecanismo funciona, guardadas as necessárias proporções, como um meio de controle incidental de inconstitucionalidade por omissão.<sup>678</sup>

---

<sup>674</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 356.

<sup>675</sup> SIDOU, J. M. Othon. “*Habeas Corpus*”, *mandado de segurança, mandado de injunção, “Habeas Data”, ação popular – as garantias ativas dos direitos coletivos*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 268.

<sup>676</sup> SIDOU, J. M. Othon. “*Habeas Corpus*”..., cit., 2002, p. 268.

<sup>677</sup> Conforme MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança...*, cit., 2005, pp. 356 e ss.

<sup>678</sup> Nesse sentido, lúcida a lição de Ivo Dantas, para quem “o Mandado de Injunção – no tocante aos seus efeitos – funciona, dentro do novo quadro criado pelo texto constitucional, como se fora um controle incidental de inconstitucionalidade por omissão, apesar de que, ao contrário do tradicional controle incidental, o que se discute não é outra questão jurídica (e daí o sentido simbólico-retórico da comparação), mas sim, a omissão que se apresenta como empecilho ao gozo de direitos individuais.”. DANTAS, Ivo. *O valor da constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 120.

A impetração de mandado de injunção pressupõe duas condições específicas: a) inexistência de regulamentação, por lei ou ato outro normativo, que defina as condições do exercício do direito ou liberdade ou que estabeleça os meios necessários para tal exercício; e b) inviabilidade do efetivo exercício do direito ou liberdade, em decorrência da falta de regulamentação da matéria.<sup>679</sup>

O mandado de injunção é uma ação constitucional<sup>680</sup> de caráter civil e de procedimento especial, que visa suprir uma omissão do Poder Público, no intuito de viabilizar o exercício de um direito, uma liberdade ou uma prerrogativa prevista na Constituição Federal de 1988.<sup>681682</sup> Tal remédio pode ser ajuizado por qualquer pessoa, natural ou jurídica, desde que comprove que seu direito está sendo obstaculizado pelo silêncio normativo qualificado do Poder Público.

A omissão normativa que dá azo ao mandado de injunção pode ser *total*, assim entendida como a omissão absoluta do legislador, isto é, o silêncio que impede completamente a concretização da norma constitucional, ou *parcial*, em que a norma editada pelo poder público não possibilita, senão parcialmente, o exercício do direito previsto no texto constitucional. Por outras palavras, na omissão parcial há um agir normativo, mas que não supre totalmente a lacuna prevista na Constituição, tornando falho ou incompleto o exercício do direito instituído pelo legislador constituinte.<sup>683</sup>

A omissão absoluta, portanto, ocorre nos casos em que falta a norma legal que pode ou deve regular o exercício de um direito fundamental, ao passo que a omissão relativa se caracteriza não pela ausência de norma regulamentadora, mas por esta se revelar incompleta ou defeituosa, circunstâncias que refletem diretamente no exercício do direito fundamental, que não pode ser exercido na plenitude prometida na norma constitucional. Há na omissão relativa, portanto, uma norma que regula a situação constitucionalmente

---

<sup>679</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 436.

<sup>680</sup> José Afonso da Silva conceitua mandado de injunção da seguinte forma: “Constitui um remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela constituição.” SILVA, José Afonso da. *Curso...*, cit., 2011, p. 448.

<sup>681</sup> Definição de Alexandre de Moraes. MORAES, Alexandre. *Direito...*, cit., 2008, p. 164.

<sup>682</sup> Para Santos, mandado de injunção “é o remédio constitucional colocado à disposição das pessoas para combater a inércia do poder público, cuja omissão em criar norma regulamentadora exigida pela Lei Maior impede o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 488.

<sup>683</sup> (STF, MI 542/SP, Rel. Celso de Mello, DJ 28.06.2002).



prevista, mas com *silêncios* sobre diversos pontos que podem contrariá-la<sup>684</sup>. Pode-se dizer, na esteira de Villaverde Menéndez, que na omissão relativa ocorre o silêncio da lei enquanto a omissão absoluta materializa-se no silêncio do legislador.<sup>685 686</sup>

Da mesma forma que ocorre com a ação de inconstitucionalidade por omissão, já examinada, o mandado de injunção se aplica tão-somente a omissões relativas às normas de eficácia *limitada* de princípio institutivo de caráter impositivo e às normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade.<sup>687</sup>

O objetivo do mandado de injunção é combater o incumprimento do dever constitucional de legislar, pois o silêncio normativo, nos casos em que a constituição determinou a edição de ato normativo faltante, agride gravemente a lei fundamental, por violar direitos constitucionalmente tutelados. A ideia de suprir a omissão normativa do Estado por meio de decisões judiciais, contudo, na prática tem se mostrado de difícil composição, pois envolve a separação e harmonia das funções estatais, tema de complexa sensibilidade jurídico-política, conforme abordagem que será feita adiante sobre o fenômeno conhecido no Brasil como *ativismo judicial*.

A Constituição de 1988 estabeleceu a competência para o processo e julgamento do mandado de injunção levando em consideração a autoridade ou órgão que tenha se omitido de elaborar a norma que propiciaria o exercício de direitos e liberdades

---

<sup>684</sup> Conforme VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La inconstitucionalidade...*, cit., 1997, p. 67.

<sup>685</sup> VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La inconstitucionalidade...*, cit., 1997, p. 81.

<sup>686</sup> Sobre as omissões de natureza parcial, Canotilho nos fornece importante argumentação que merece transcrição: “O conceito jurídico-constitucional de omissão é compatível com omissões legislativas parciais ou omissões relativas, isto é, omissões derivadas de os actos legislativos concretizadores de normas constitucionais favorecerem certos grupos ou situações, esquecendo outros grupos e outras situações que preenchem os mesmos pressupostos de facto. Esta concretização incompleta tanto pode resultar de uma intenção deliberada do legislador em conceder vantagens só a certos grupos ou contemplar certas situações (*exclusão expressa ou implícita*), violando o princípio da igualdade e cometendo uma ‘inconstitucionalidade por acção’, como derivar apenas de uma incompleta apreciação das situações de facto, mas sem que haja o propósito de arbitrária e unilateralmente se favorecerem só certos grupos ou situações (*incompletude regulativa*). Nesta última hipótese, haverá uma inconstitucionalidade por omissão e não por acção. Precisamente por isso, a omissão legislativa existe quando o legislador não cumpre ou cumpre incompletamente o dever constitucional de emanar normas destinadas a actuar as imposições legiferantes estabelecidas na Constituição”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, pp. 1035-1036.

<sup>687</sup> O Prof. Alexandre de Moraes esclarece que não caberá mandado de injunção para, sob a alegação de reclamar a edição de norma regulamentadora de dispositivo constitucional, pretender-se a alteração de lei ou ato normativo já existente, ou para exigir-se uma certa interpretação à aplicação da legislação infraconstitucional, ou ainda para pleitear uma aplicação mais justa da lei existente ou, por fim, conforme já referido, contra norma constitucional autoaplicável. MORAES, Alexandre de. *Direito...*, cit., 2008, pp. 164-165.

constitucionais. Assim, dispõe o art. 102, I, “q”, da Constituição que, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal, a competência para processar e julgar o mandado de injunção será do Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, dispõe o art. 105, I, “h”, da Constituição caberá ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

### **2.6.2.1. Evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre os efeitos do mandado de injunção**

O mandado de injunção, como já afirmado, é a ação que possibilita impugnar omissões normativas inconstitucionais. A respeito dos efeitos do mandado de injunção, tema dos mais espinhosos do direito brasileiro, percebe-se que ao longo de quase três décadas de existência na ordem jurídica brasileira, o mandado de injunção, como antes destacado, mais tem servido para acalorados debates doutrinários e jurisprudenciais sobre o alcance de seus efeitos do que propriamente para combater eficazmente o silêncio normativo do Poder Público, que foi a ideia que o concebeu, em tese, como um mecanismo inovador e promissor para o combate ao silêncio normativo do poder público.

Após a entrada em vigor da Constituição de 1988, as decisões em sede de mandado de injunção apresentaram variadas “soluções”, sem que praticamente nenhuma delas de fato resolvesse o problema da transgressão normativa pelo silêncio. Num primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal adotou o que a doutrina convencionou chamar de corrente clássica ou *não concretista*<sup>688</sup>, que perdurou por quase duas décadas, segundo a qual a atividade judicial estaria limitada à certificação da *mora* do órgão ou autoridade competente para editar o ato normativo requerido pelo texto constitucional. Além disso, a decisão do aludido mandado de injunção também declarou a autoaplicabilidade deste

---

<sup>688</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso...*, cit., 2012, p. 323.

remédio constitucional, tema também posto em discussão àquela época (conforme MI 107-3/DF<sup>689690</sup>), considerado *leading case*.<sup>691</sup>

O objeto do Mandado de Injunção nº 107-3/DF, antes referenciado, era a discussão sobre suposto direito constitucional negado ao impetrante, oficial temporário do Exército Brasileiro, de ser *estabilizado* como servidor militar, eis que contava à época com mais de 9 anos de serviço na condição de oficial temporário. Tal direito, conforme o impetrante, exsuriria do contido no art. 42, § 9º, da CF, que não tendo ainda merecido a devida regulamentação legislativa, ampararia sua pretensão mandamental.<sup>692</sup> Em sua decisão, o STF limitou-se a declarar os seguintes pontos: o mandado de injunção é dotado de *autoaplicabilidade*, o sujeito passivo da aludida ação é o *poder, órgão ou entidade omissos*, e a finalidade desta garantia constitucional é a *declaração da omissão*, que se materializa por meio da mera comunicação ao órgão omissos para a adoção das providências que entender necessárias. Os efeitos, portanto, limitavam-se à comunicação ao órgão competente sobre a norma faltante. Tal decisão, ancorada no princípio da separação de poderes, como se pode notar, esvaziou quase que por completo a efetividade

---

<sup>689</sup> Ementa: Em face dos textos da Constituição Federal relativos ao mandado de injunção, é ele ação outorgada ao titular de direito, garantia ou prerrogativa a que alude o art. 5º, LXXI, dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora, e ação que visa a obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade dessa omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, da Carta Magna), e de que se determine, se se tratar de direito constitucional oponível contra o Estado, a suspensão dos processos judiciais ou administrativos de que possa advir para o impetrante dano que não ocorreria se não houvesse a omissão inconstitucional. Assim, fixada a natureza jurídica desse mandado, é ele, no âmbito da competência desta Corte - que está devidamente definida pelo art. 103, I, q -, autoexecutável, uma vez que, para ser utilizado, não depende de norma jurídica que o regulamente, inclusive quanto ao procedimento, aplicável que lhe é analogicamente o procedimento do mandado de segurança, no que couber. Questão de ordem que se resolve no sentido da autoaplicabilidade do mandado de injunção, nos termos do voto do relator. (STF, MI nº 107-DF, Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 02-08-1991).

<sup>690</sup> O MI 107 não foi o primeiro mandado de injunção analisado pelo STF, mas, devido à sua importância histórica, passou a ser considerado o *leading case* nessa matéria.

<sup>691</sup> No mesmo sentido o MI 168/RS, no qual foi decidido que o mandado de injunção não autoriza o Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, bem como não lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado. (STF, MI 168/RS, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento: 21.03.1990).

<sup>692</sup> Conforme VALLE, Vanice Regina Lirio do. *A Construção de uma Garantia Constitucional: Compreensão da Suprema Corte quanto ao Mandado de Injunção*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005, p. 15.

do mandado de injunção, tornando-o, pouco tempo após sua festejada criação pela Carta de 1988, figura jurídica quase desusada.<sup>693</sup>

Em momento subsequente e após inúmeras críticas em razão da decisão proferida nos autos do MI 107-3, o STF, ao analisar o MI 283-5<sup>694</sup>, decidiu por declarar a *mora* legislativa e também por *fixar prazo* para que a lacuna normativa fosse sanada, sob pena de, caso esta persistisse, fosse facultado ao titular do direito a obtenção, em juízo, de sentença de indenização por perdas e danos. Em outro julgamento, agora nos autos do MI 232, o Supremo Tribunal Federal declarou a mora do Congresso nacional em relação à lei faltante e fixou o *prazo de seis meses* para que fosse sanada a omissão normativa, com a consequente edição da lei mencionada no art. 195, § 7º, da Constituição Federal. Não fosse

---

<sup>693</sup> O Min. Moreira Alves, Relator do MI 107, argumentou no sentido de que a definição na própria sentença do mandado de injunção de uma norma que possibilitasse o exercício do direito constitucional anteriormente obstaculizado, corresponderia a uma atividade legislativa própria do Poder Legislativo e consequentemente desautorizada ao Poder Judiciário pela Constituição. (STF, MI nº 107-DF, Rel. Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 02-08-1991).

<sup>694</sup> "Mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito a reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, § 3º, ADCT: deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para a purgação da mora e, caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos. 1. O STF admite - não obstante a natureza mandamental do mandado de injunção (MI 107 - QO) - que, no pedido constitutivo ou condenatório, formulado pelo impetrante, mas, de atendimento impossível, se contem o pedido, de atendimento possível, de declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que a supra (cf. Mandados de Injunção 168, 107 e 232). 2. A norma constitucional invocada (ADCT, art. 8º, par. 3º - "Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n. S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n. S-285-GM5 será concedida reparação econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição" - vencido o prazo nela previsto, legitima o beneficiário da reparação mandada conceder a impetrar mandado de injunção, dada a existência, no caso, de um direito subjetivo constitucional de exercício obstado pela omissão legislativa denunciada. 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, e dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par. 3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da Republica; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável." (STF, MI 283-5, Rel. Min. Moreira Alves)

a aludida lei editada no prazo mencionado, o impetrante passaria a gozar da imunidade referida no texto constitucional.<sup>695</sup>

Na sequência, o STF foi mais uma vez instado a se manifestar em sede de mandado de injunção, tendo em vista que o prazo concedido anteriormente para que fosse sanada a lacuna legislativa expirara sem que fosse tomada qualquer decisão por parte do órgão transgressor. Em síntese, o que ocorreu foi o seguinte: o STF declarou a omissão, comunicou-a ao Congresso Nacional e este, em inequívoco descaso, apenas “engavetou” a comunicação. Tal decisão, proferida nos autos do MI 284-3<sup>696</sup>, reconhece o estado de mora do Congresso Nacional e também o fato de ter sido previamente cientificado da omissão nos autos do MI 283-5, mas se abstém, mesmo assim, de editar a norma faltante, como, aliás, não poderia ser diferente. Para além disso, o STF declara a desnecessidade de nova comunicação ao Congresso Nacional, assegurando aos impetrantes o uso de ação de cunho reparatório.

Quase duas décadas após a entrada em vigor da Constituição de 1988, porém, a Corte Suprema mudou radicalmente o entendimento até então sedimentado sobre os efeitos do mandado de injunção. Deveras, por meio da decisão proferida nos autos do MI 758<sup>697</sup>, o Supremo Tribunal Federal aceitou pela primeira vez – e por unanimidade – a possibilidade de regulação normativa provisória pelo próprio Judiciário, adotando uma espécie de *sentença aditiva*, nos moldes do direito italiano.<sup>698</sup>

---

<sup>695</sup> “Mandado de injunção. Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no § 7º do art. 195 da Constituição Federal. Ocorrência, no caso, em face do disposto no art. 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do art. 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida”. (MI 232, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 27.03.1992)

<sup>696</sup> (MI 284-3, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 26.06.1992).

<sup>697</sup> Mandado de Injunção - Natureza. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. (...) Inexistente a disciplina específica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei nº 8.213 /91. (STF, MI 758 DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento 01.07.2008, Tribunal Pleno, DJe 26.09.2008)

<sup>698</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *O mandado de Injunção e a Necessidade de sua Regulação Legislativa*. In Mandado de Injunção – Estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 31.

Na sequência, o julgamento do MI 670, que tinha como objeto a norma faltante para o exercício do direito de greve do servidor público, acabou por consolidar a mudança do entendimento jurisprudencial até então existente na Corte Suprema relativamente aos efeitos do mandado de injunção. Com efeito, em decisões anteriores do STF<sup>699</sup> ficara consignado que os servidores públicos não poderiam exercer o direito de greve previsto no art. 37, VII<sup>700</sup> da Constituição Federal enquanto não fosse regulamentado tal direito por meio de lei específica, sob o argumento segundo o qual o dispositivo constitucional em questão consubstanciava norma de eficácia *limitada*, desprovida, pois, de autoaplicabilidade.<sup>701</sup> Assim, o STF, nos autos do MI 670<sup>702</sup>, passou a adotar uma “solução

---

<sup>699</sup> (STF, MI 20, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22.11.1996).

<sup>700</sup> CF 1988, art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

<sup>701</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *O mandado...*, cit., 2013, p. 31.

<sup>702</sup> (...) 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve - artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia. 6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua autoaplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental. 7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve. 8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital - indivíduo ou empresa - que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público. 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social. 10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque "serviços ou atividades essenciais" e "necessidades inadiáveis da coletividade" não se superpõem a "serviços públicos"; e vice-versa. 11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício. 12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a

normativa e concretizadora”<sup>703</sup> por meio de um modelo de sentença de perfil aditivo, à semelhança daquela proferida nos autos do MI 758, antes referenciado. No caso concreto posto a julgamento, decidiu-se pela aplicação da Lei nº 7.783/89 (lei de greve da iniciativa privada) aos servidores públicos, enquanto a omissão normativa não for devidamente suprida pela edição de lei específica, consoante determina a Constituição. Justificando a adoção da solução dada pelo STF ao direito de greve dos servidores públicos, Gilmar Mendes se funda na ideia de que “o sistema constitucional não repudia a ideia de competências implícitas complementares, desde que necessárias a colmatar lacunas constitucionais evidentes”<sup>704</sup>, sendo por isso viável a aplicação da lei de greve dos trabalhadores privados aos servidores públicos (Lei nº 7.783/89), com vistas a garantir efetividade às normas constitucionais.

Como é fácil notar, nos últimos anos o STF acabou por ampliar os efeitos do mandado de injunção, adotando um posicionamento mais *interventivo*<sup>705</sup> em relação às decisões anteriores, porquanto determinou qual seria a regulamentação das regras constitucionais que eram objeto dos mandados de injunção, até que fosse suprida a omissão pelo Legislativo. Por outros termos, o STF passou de uma situação inicial de quase *mera contemplação* para uma fase – a atual – de alguma *proatividade* relativamente às omissões normativas impugnadas por meio de mandado de injunção.

Ainda que o entendimento do STF em sede de mandado de injunção tenha se modificado ao longo do tempo com o propósito de garantir um mínimo de concretude às normas constitucionais, não se pode deixar de observar, por um lado, que a efetividade alcançada ainda não é aquela pretendida pelo legislador constituinte. Deveras, se o

---

coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar - o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes (art. 2º da Constituição do Brasil) e a separação dos poderes (art. 60, § 4º, III) - é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil.

(STF, MI 712, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007)

<sup>703</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *O mandado...*, cit., 2013, p. 34.

<sup>704</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *O mandado...*, cit., 2013, p. 35.

<sup>705</sup> ESTEVES, Bruna de Bem. *O que mudou no entendimento do STF sobre os efeitos do mandado de injunção?* In *Jurisdição Constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 141-157.

legislador constituinte quisesse aplicar a lei de greve do trabalhador comum ao servidor público já o teria feito à época. A proposta constituinte era que o direito de greve do servidor público, devido às especificidades e princípios que informam os serviços públicos, fosse regulamentado de forma distinta daquela retratada na lei de greve dos trabalhadores privados. Ora, sabe-se muito bem que os serviços públicos são marcados, pelo menos a maioria, pelo caráter da essencialidade, além de serem informados pelo princípio da continuidade, razões que bastam por si só para compreender que a lei de greve exigida pela Constituição, quando editada, em muito se diferenciará daquela que regulamenta o movimento paredista de empregados privados.

### **2.6.2.2. A Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016: um novo fôlego para o mandado de injunção?**

Já na parte final da elaboração desta tese entrou em vigor a Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, que, não obstante o atraso de quase três décadas desde o início da vigência da Constituição de 1988, reavivou o debate sobre a eficácia do mandado de injunção no combate ao silêncio normativo do poder público, de modo a tentar mais uma vez minimizar a “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”<sup>706</sup>. Referida lei disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo<sup>707</sup>, nos termos do inciso LXXI do art. 5º da Constituição de 1988, tendo sido sancionada pelo Vice-presidente da República, Michel Temer, no exercício da Presidência da República, em razão do processo de *impeachment* da Presidente eleita Dilma Rousseff.<sup>708</sup>

Segundo a nova Lei, o mandado de injunção será concedido sempre que a falta total ou parcial de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e

---

<sup>706</sup> LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1252.

<sup>707</sup> Embora não haja previsão expressa na Constituição para o mandado de injunção *coletivo*, há muito a jurisprudência do STF já reconhecia esta possibilidade. (STF, MI 712, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007)

<sup>708</sup> Importante mencionar o contexto de crise político-econômica pelo qual passa o Brasil, pois se tal crise não tivesse se instalado muito provavelmente não teria havido a regulamentação do mandado de injunção. Explica-se: o Vice-presidente Michel Temer, atualmente no exercício da Presidência da República, é autor de respeitável obra no âmbito do direito constitucional (TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros. 2002) e, no que tange ao mandado de injunção, defensor fervoroso da corrente concretista, isto é, do movimento doutrinário que defende uma atuação do Poder Judiciário que possa conferir mais efetividade aos direitos fundamentais, em especial nos casos de silêncio normativo. Bem por isso, tão logo assumiu interinamente a presidência da República fez tramitar no Parlamento um projeto de lei do mandado de injunção e logo após o sancionou, transformando-o na Lei nº 13.300/2016, ora comentada.



liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 2º). O parágrafo único do art. 2º faz referência à *omissão parcial*, antes tratada apenas em nível jurisprudencial, assim considerando-a “quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente”.

Incorporando jurisprudência pacífica do STF, a Lei em questão dispõe que são legitimados para o mandado de injunção, como impetrantes, as pessoas naturais ou jurídicas<sup>709</sup> que se afirmam titulares dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas tuteladas pelo remédio constitucional e, como impetrado<sup>710</sup>, o poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora (art. 3º).

O procedimento judicial relativamente aos requisitos para a impetração de mandado de injunção, à tramitação judicial e aos prazos e também à participação do órgão do ministério público estão previstos nos artigos 4º-7º.<sup>711</sup>

Segundo o novo contexto normativo, reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para: a) determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora; b) estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado (art. 8º). O parágrafo único do art. 8º traz

---

<sup>709</sup> (MI 595 AgR/MA, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, 17.03.1999).

<sup>710</sup> (MI 153 AgR/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, 14.03.1990).

<sup>711</sup> Art. 4º A petição inicial deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual e indicará, além do órgão impetrado, a pessoa jurídica que ele integra ou aquela a que está vinculado.

§ 1º Quando não for transmitida por meio eletrônico, a petição inicial e os documentos que a instruem serão acompanhados de tantas vias quantos forem os impetrados.

§ 2º Quando o documento necessário à prova do alegado encontrar-se em repartição ou estabelecimento público, em poder de autoridade ou de terceiro, havendo recusa em fornecê-lo por certidão, no original, ou em cópia autêntica, será ordenada, a pedido do impetrante, a exibição do documento no prazo de 10 (dez) dias, devendo, nesse caso, ser juntada cópia à segunda via da petição.

§ 3º Se a recusa em fornecer o documento for do impetrado, a ordem será feita no próprio instrumento da notificação.

Art. 5º Recebida a petição inicial, será ordenada:

I - a notificação do impetrado sobre o conteúdo da petição inicial, devendo-lhe ser enviada a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste informações;

II - a ciência do ajuizamento da ação ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, devendo-lhe ser enviada cópia da petição inicial, para que, querendo, ingresse no feito.

Art. 6º A petição inicial será desde logo indeferida quando a impetração for manifestamente incabível ou manifestamente improcedente.

Parágrafo único. Da decisão de relator que indeferir a petição inicial, caberá agravo, em 5 (cinco) dias, para o órgão colegiado competente para o julgamento da impetração.

Art. 7º Findo o prazo para apresentação das informações, será ouvido o Ministério Público, que opinará em 10 (dez) dias, após o que, com ou sem parecer, os autos serão conclusos para decisão.

interessante previsão, ao proclamar que será dispensada a determinação de prazo razoável para a expedição da norma faltante, quando comprovado que o impetrado deixou de atender, em mandado de injunção anterior, ao prazo estabelecido para a elaboração da norma reclamada.

Como se vê, a nova lei adota a corrente jurisprudencial que ficou conhecida como “concretista”, pois determina que seja fixado prazo razoável para a elaboração da norma, bem como que a decisão judicial estabeleça as condições para a efetivação do direito subtraído ao impetrante pelo silêncio normativo do poder público. A perspectiva mais concretizadora dos direitos fundamentais materializada na Lei nº 13.300/2016 dá um novo fôlego ao mandado de injunção, por ampliar as possibilidades conferidas aos juízes para *bem* decidirem a demanda, sem que isso redunde numa apropriação indevida da função legislativa. Para além disso, o novo cenário normativo faz crescer na sociedade a expectativa por uma prestação jurisdicional mais justa e efetiva e, diferente da situação vivenciada nas últimas décadas, menos *decorativa*.

A decisão em sede de mandado de injunção terá eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora; nada obstante, prevê a nova Lei que poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração (art. 9º). A previsão legal acerca da possibilidade de o Poder Judiciário conferir *eficácia geral* às decisões em mandado de injunção é de grande relevância jurídica e prática, primeiro, para evitar a multiplicação de ações idênticas e, segundo, para fazer respeitar o princípio constitucional da isonomia. Ainda segundo o art. 9º, transitada em julgado a decisão, seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator. Além disso, o indeferimento do pedido por insuficiência de prova não impede a renovação da impetração fundada em outros elementos probatórios.

A norma regulamentadora superveniente produzirá efeitos *ex nunc* em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a aplicação da norma editada lhes for mais favorável. Neste contexto, restará prejudicada a impetração se a norma regulamentadora for editada antes da decisão, caso em que o processo será extinto sem resolução de mérito (art. 11).

Os demais dispositivos da Lei fazem referência ao mandado de injunção *coletivo*, que, conforme já mencionado, até então era reconhecido apenas jurisprudencialmente, estabelecendo a legitimidade ativa para sua impetração<sup>712</sup>, os limites da coisa julgada e dispondo sobre a inexistência de litispendência relativamente aos mandados de injunção individuais eventualmente impetrados.<sup>713</sup> Por fim, a Lei ora comentada determina a aplicação subsidiária ao mandado de injunção das normas atinentes ao mandado de segurança, que possui normatização própria (Lei nº 12.016/2009) e do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

### **2.6.3. Distinções entre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção**

A Constituição brasileira de 1988 apresenta dois mecanismos de combate à omissão normativa – a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção –, entretanto tais instrumentos não se confundem nem se comunicam, pois enquanto a ação de inconstitucionalidade se caracteriza por ser um mecanismo de fiscalização abstrata, de natureza objetiva, o mandado de injunção, por outro lado, é instrumento que tutela o direito subjetivo e propicia uma fiscalização concreta da inatividade normativa inconstitucional que prejudica o exercício de direitos e liberdades constitucionais.

---

<sup>712</sup> Art. 12. O mandado de injunção coletivo pode ser promovido:

I - pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;

II - por partido político com representação no Congresso Nacional, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária;

III - por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos 1 (um) ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;

IV - pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Parágrafo único. Os direitos, as liberdades e as prerrogativas protegidos por mandado de injunção coletivo são os pertencentes, indistintamente, a uma coletividade indeterminada de pessoas ou determinada por grupo, classe ou categoria.

<sup>713</sup> Art. 13. No mandado de injunção coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante, sem prejuízo do disposto nos §§ 1º e 2º do art. 9º.

Parágrafo único. O mandado de injunção coletivo não induz litispendência em relação aos individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante que não requerer a desistência da demanda individual no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração coletiva.

Os objetivos perseguidos pelos dois mecanismos de combate ao silêncio normativo são claramente distintos. Nessa linha, segundo Flávia Piovesan, o mandado de injunção tem por finalidade “tornar viável o exercício de um direito fundamental no caso concreto, já a inconstitucionalidade por omissão visa conferir efetividade à norma constitucional, atacando a inconstitucionalidade em *tese*”.<sup>714</sup> Portanto, enquanto um mecanismo pretende manter viva a norma constitucional, conferindo-lhe efetividade (ação de inconstitucionalidade por omissão); o outro pretende manter vivo um direito subjetivo violado pela ausência de norma regulamentadora (mandado de injunção).

Além dos objetos, também os efeitos são distintos nas duas ações em estudo. A decisão em mandado de injunção opera efeitos *inter partes* (alcançando apenas os impetrantes do remédio constitucional)<sup>715</sup>; a decisão que declara a inconstitucionalidade por omissão, por outro lado, produz efeitos *erga omnes* (alcançando toda a sociedade). Exatamente por conta dos efeitos, pondera Flávia Piovesan que o mandado de injunção é cabível para a tutela dos direitos coletivos, mas não para a tutela dos direitos difusos, haja vista que se assim não fosse acabaria por confundir-se com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.<sup>716</sup> Além disso, o deferimento do mandado de injunção exige a comprovação de um nexo de causalidade, ou seja, a constatação da existência de “uma causa – a falta da norma regulamentadora”<sup>717</sup>, a qual a ordem jurídica atribui uma consequência, que é “a inviabilidade do exercício de direitos e deveres constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”<sup>718</sup>. A ação de inconstitucionalidade por omissão, por ser um processo objetivo, atua contra a própria omissão normativa, não se exigindo demonstração de interesse jurídico<sup>719</sup> ou outra condição por parte dos legitimados para a sua propositura.

---

<sup>714</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção...*, cit., 2003, p. 179.

<sup>715</sup> Foi visto no tópico anterior que a Lei nº 13.300/2016, por meio de seu art. 9º, prevê que poderá ser conferida eficácia *ultra partes* ou *erga omnes* à decisão da decisão em mandado de injunção, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração.

<sup>716</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção...*, cit., 2003, p. 144.

<sup>717</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção...*, cit., 2003, p. 134.

<sup>718</sup> PIOVESAN, Flávia. *Proteção...*, cit., 2003, p. 134.

<sup>719</sup> Exceção feita ao requisito da pertinência temática, assim referenciado pelo STF: "O requisito da pertinência temática – que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato – foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa *ad causam* para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade." (STF, ADI 1.157-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-12-1994, Plenário, DJ de 17-11-2006.)

A legitimidade ativa para a propositura de tais ações também é outra diferença. Com efeito, a ação de inconstitucionalidade por omissão, como processo de natureza abstrata e objetiva, somente pode ser proposta pelos órgãos e autoridades previstos expressamente no art. 103 da Constituição<sup>720</sup>; o mandado de injunção, diferentemente, pode ser impetrado por qualquer pessoa, natural ou jurídica, bastando para tanto comprovar que a ausência de norma regulamentadora prevista no texto constitucional torna inviável o exercício de direitos e liberdades assegurados constitucionalmente. Importa ressaltar que com a entrada em vigor da nova Lei do mandado de injunção (Lei nº 13.300/2016), a legitimidade passiva para o MI foi igualada à da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Atualmente, portanto, as duas ações que combatem as omissões estatais são propostas contra o poder, o órgão ou a autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora reclamada.

Por fim, no que concerne ao órgão jurisdicional competente para processo e julgamento, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão a competência é exclusiva do Supremo Tribunal Federal (competência concentrada), ao passo que a competência para julgamento do mandado de injunção irá depender de quem é a autoridade ou órgão que tenha competência para viabilizar o exercício de direitos e liberdades constitucionais<sup>721</sup>. Assim, dispõe o art. 102, I, “q”, da Constituição que, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo

---

<sup>720</sup> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

<sup>721</sup> Flávia Piovesan faz alerta segundo o qual no mandado de injunção “a legitimidade passiva recai sobre o ente cuja atuação é necessária para viabilizar o exercício do direito e não recai, portanto, sobre a autoridade competente para elaborar a norma regulamentadora faltante”. PIOVESAN, Flávia. *Proteção...*, cit., 2003, p. 145.

Tribunal Federal, a competência para processar e julgar o mandado de injunção será do Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, dispõe o art. 105, I, “h”, da Constituição que caberá ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

## **2.7. As omissões normativas e o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal: algumas notas**

A Constituição brasileira de 1988, como não poderia deixar de ser, concedeu especial destaque aos direitos fundamentais. Os quase trinta anos de vigência da Carta de 1988, contudo, fizeram entender que a efetividade que se espera da citada Constituição ainda está longe de ser alcançada. Aliás, pode-se afirmar sem medo de errar que dificilmente tal efetividade será de fato um dia realizada. Este, no entanto, não é um problema genuinamente brasileiro<sup>722</sup>, pois Bobbio já afirmava décadas atrás que o problema fundamental em relação aos direitos do homem não é a sua simples previsão ou justificação, mas, antes, a sua verdadeira proteção.<sup>723</sup>

Um dos maiores objetivos do estado constitucional, como se sabe, é dotar a constituição material da necessária efetividade normativa, implicando com isso firmar uma visão dinâmica acerca da normatividade constitucional, cuja principal característica

---

<sup>722</sup> Embora a falta de efetividade das normas constitucionais seja um problema de alcance mundial, Lenio Streck chama a atenção para uma característica da jurisdição constitucional brasileira que potencializa este problema: a “baixa constitucionalidade”. Segundo o mencionado autor: “De há muito se detectou um fenômeno em *terrae brasilis*, decorrente, dentre outros aspectos, de uma compreensão do novo com os olhos do passado. Com o advento da Constituição de 1988, o que se viu foi uma ode ao novel texto constitucional. Contudo, de um modo geral, tanto a teoria do direito quanto as práticas judiciárias não esta(va)m preparadas para as diversas rupturas paradigmáticas por ela estabelecidas. O acontecer da Constituição não foi tornado visível porque, no prévio desvelamento - que é condição de possibilidade deste-tornar-visível impregnado pelo senso comum teórico - não foram criadas as condições propiciadoras da abertura necessária e suficiente para a manifestação do sentido da Constituição e de seus desdobramentos jurídico-políticos como a igualdade, a redução das desigualdades, a erradicação da pobreza, a função social da propriedade, o direito à saúde, o respeito aos direitos humanos fundamentais etc.”. STRECK, Lenio Luiz. *A baixa constitucionalidade como obstáculo ao acesso à justiça em Terrae Brasilis*, Sequência, nº 69, July/Dec., Florianópolis, 2014.

<sup>723</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. (Trad. de Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

identifica-se com os pontos de contato entre a norma constitucional positivada e as referências normativas diretamente ligadas à vontade popular. Portanto, uma concepção material da constituição não pode se afastar do princípio da soberania popular e de todas as suas implicações práticas e teóricas.<sup>724</sup> Se, por um lado, a Constituição de 1988 introduziu e/ou aperfeiçoou inúmeros direitos fundamentais, por outro, a mesma Carta, “desconfiada do legislador ordinário”<sup>725</sup>, buscou vincular sua atuação, de modo a garantir, pelo menos em tese, a efetivação desses direitos. Nessa perspectiva, a Constituição impôs ao Poder Público o dever de complementá-la e, ao mesmo tempo, criou mecanismos, já examinados, para combater o seu eventual e até certo ponto esperado descaso normativo.

Com o papel de guardião da Constituição e, pois, de órgão competente para sanar as omissões legislativas, foi criado pela Carta de 1988 o Supremo Tribunal Federal, composto de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal a quem compete, dentre outras atribuições, processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, neste último caso quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.<sup>726</sup>

Pois bem, diante de uma omissão normativa qualificada, o STF realiza a interpretação<sup>727</sup> constitucional, que, no dizer de Verdú, materializa a “expressão concreta da funcionalidade viva da dogmática constitucional”<sup>728</sup>, para na sequência tomar uma decisão das mais complexas que existem, em especial pela possível violação ao princípio

---

<sup>724</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento...*, cit., 2004, p. XV (prefácio).

<sup>725</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: um Ensaio sobre os Limites Materiais ao Poder de Reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 130.

<sup>726</sup> Conforme artigos 101 e 102 da Constituição de 1988.

<sup>727</sup> A propósito do tema, importante citar o magistério de Castanheira Neves, para quem “A interpretação jurídica passa por radical mudança de perspectiva, pois deixou de conceber-se tão-só e estritamente como *interpretação da lei*, para se pensar como *actus da realização de direito*. Com o que o próprio conceito de interpretação jurídica se altera: de interpretação da lei converte-se em *interpretação do direito*, de novo a *interpretatio legis* se confronta com a *interpretatio iuris*. É que, se intencional e normativamente o direito deixou de identificar-se com a lei, também metodologicamente a realização do direito deixou de ser mera aplicação das normas legais”. NEVES, A. Castanheira. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003, pp. 11-12.

<sup>728</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento...*, cit., 2004, p. 121.

da separação dos poderes. Com efeito, diante da omissão normativa colocada em julgamento, cabe à Corte Suprema, reconhecendo que a inércia é inconstitucional, adotar uma medida concreta de modo a suprir a omissão<sup>729</sup>, hipótese em que sofrerá várias críticas por, em tese, invadir competência de outro poder, exercendo claro e de certa forma perigoso ativismo judicial<sup>730731732</sup> ou, o que talvez seja ainda pior, reconhecer o silêncio normativo como violador da Constituição, mas se quedar inerte no que tange à solução do caso concreto, sob o cruel – mas razoável – argumento de violação do princípio da separação dos poderes.<sup>733</sup>

---

<sup>729</sup> Villaverde Menéndez adverte que “O controle e a sanção jurídica do silêncio normativo violador da constituição não pode consistir na substituição do legislador por outro Poder do Estado”. VILLAVERDE MÉNENDEZ, Ignacio. *La inconstitucionalidad...*, cit., 1997, p. 5.

<sup>730</sup> Vanice Regina Lírio do Valle traz esclarecimentos sobre a ambiguidade da expressão ‘ativismo judicial’. “A consulta a duas fontes elementares – ainda que prestigiadas – de conceituação no Direito norte-americano, *Merriam-Webster’s Dictionary* e *Black’s Law Dictionary*, evidencia que, já de origem o termo “ativismo” não encontra consenso. No enunciado da primeira referência, a ênfase se dá ao elemento finalístico, o compromisso com a expansão dos direitos individuais; no da segunda, a tônica repousa em um elemento de natureza comportamental, ou seja, dá-se espaço à prevalência das visões pessoais de cada magistrado quanto à compreensão de cada qual das normas constitucionais. A dificuldade ainda hoje subsiste, persiste o caráter ambíguo que acompanha o uso do termo, não obstante sê-lo um elemento recorrente tanto da retórica judicial quanto de estudos acadêmicos, adquirindo diversas conotações em cada qual desses campos. VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá. 2009, p. 21.

<sup>731</sup> O professor Elival da Silva Ramos, estudioso do tema, nos traz a seguinte definição: “por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, contudo, que o fenômeno golpeia mais fortemente o Poder Legislativo, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de Constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa invadido por decisões excessivamente criativas”. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

<sup>732</sup> Discorrendo sobre a relação entre a Suprema Corte brasileira (STF) e a presidência da República, Paulo Bonavides faz lúcida ponderação, que merece ser transcrita: “Fora da esfera de um Direito Constitucional decadente e subjugado pela vontade presidencial, é de admitir, todavia, que num determinado sentido há, em rigor, duas Constituições paralelas: uma formal, outra jurisprudencial; a segunda, direito positivo concretizado, mais eficaz que a primeira porquanto sendo norma viva, solve os litígios constitucionais. E ao solvê-los, o Tribunal Constitucional mostra-se então fiador do Estado de Direito. Se decide bem, garante os direitos fundamentais. Se decide mal, dá um passo para a ditadura dos juízes. A pior das ditaduras é a tirania judicial personificada no governo da toga, nos magistrados da lei. Tirania sem remédio e sem retorno”. BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*, Estudos avançados, vol.18 nº 51, May/Aug., São Paulo, 2004, pp. 127-150.

<sup>733</sup> Rui Medeiros faz o seguinte alerta: “Seguramente, na sua formulação genérica, o argumento da separação de poderes não prova nada: o sentido invariável do princípio da separação de poderes consiste tão-somente em impedir a concentração e o arbítrio do poder e este objectivo pode ser alcançado por diferentes vias. Aliás, na sua matriz liberal, impregnada por ideias de equilíbrio, limites internos e fiscalização recíproca, na tradição da doutrina da constituição mista, o princípio da separação de poderes postula, inclusivamente, a existência de um sistema de freios e contrapesos. MEDEIROS, Rui. *A Decisão...*, cit., 1999, p. 221.



Deveras, o controle exercido especialmente pelo Supremo Tribunal Federal sobre as omissões normativas que violam o texto constitucional faz emergir hodiernamente infundáveis discussões sobre o fenômeno do ativismo judicial.<sup>734</sup> A ideia de ativismo judicial está perspectivada numa participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. Segundo Barroso, a postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público.<sup>735</sup>

Necessário reconhecer que a própria Constituição de 1988 ampliou a possibilidade de uma atuação mais ousada e criativa<sup>736</sup> por parte da Suprema Corte, que tem sido chamada a intervir em espaços da vida social antes inimagináveis, diante das novas e complexas exigências impostas por uma sociedade globalizada e normalmente insatisfeita ante a resposta – ou falta dela – dos poderes públicos, em especial do Judiciário, tido historicamente como o poder mais refratário. A função jurisdicional, nesse contexto, “não é já hoje, nem se poderá mais compreender como atividade de mera aplicação formal de um

---

<sup>734</sup> Segundo a doutrina de Barroso, o ativismo judicial seria “uma atitude, uma escolha do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais, expandindo seu sentido e alcance, e normalmente está associado a uma retração do Poder Legislativo” BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. acesso em 31/03/2015.

<sup>735</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização...*, cit, 2015.

<sup>736</sup> A Professora Maria Benedita Urbano informa sobre a existência do “criativismo” tradicional, ortodoxo ou *soft* e do “criativismo” patológico, heterodoxo ou *hard*. No “criativismo” tradicional, afirma, “a criatividade é mais expressiva naqueles casos em que há que integrar vazios legais, em particular lacunas da lei, e naqueles em que o texto da norma é posto em segundo plano em favor de uma realização jurídica de intencionalidade prático-teleológica”; já o “criativismo” heterodoxo nada mais é do que o autêntico e verdadeiro *ativismo judicial*, que pode ser identificado em duas situações: a) “juízes adaptam ou emendam normas existentes ao invés de as declarar inconstitucionais. Quase sempre, o que está em causa é modificar, no sentido de aperfeiçoar, a norma existente e vigente”; b) “juízes criam ou editam normas gerais, ocupando por vezes espaços vazios deixados pelo legislador, habitualmente invocando que apenas estão a desenvolver o tecido constitucional, em particular através da concretização de princípios aí incrustados”. Neste último caso, continua a Professora, “a criação de direito assume claramente a feição de legislação judicial, configurando as decisões judiciais fontes primárias de direito”. URBANO, Maria Benedita. *Curso de...*, cit., 2012, pp. 73-76.

direito inteiramente dado”.<sup>737</sup>

Mesmo em temas que não se vinculam diretamente ao controle de constitucionalidade ou ao mandado de injunção, nos quais se torna mais visível o ativismo judicial do STF, é possível visualizar uma tendência de efetiva ampliação dos poderes do STF. A título de exemplo, pode-se mencionar a criação da *súmula vinculante* no Direito brasileiro<sup>738</sup>. Para melhor ilustrar, cite-se o julgamento do Recurso Extraordinário nº 579.951, no qual o STF, objetivando ampliar os efeitos do entendimento sedimentado no julgamento do referido recurso, expediu a Súmula Vinculante nº 13<sup>739</sup>, que veda o *nepotismo*<sup>740</sup> no seio da Administração Pública. Com isso o STF impõe, por linhas tortas, condutas que a rigor deveriam ser balizadas pelo legislador ordinário, realizando o “criativismo” patológico que, conforme dissemos, nada mais é do que *ativismo judicial*.<sup>741</sup>

---

<sup>737</sup> NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: 1983, p. 404.

<sup>738</sup> CF 1988, art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

<sup>739</sup> STF, 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>740</sup> Acerca da origem da palavra *nepotismo*, Emerson Garcia assim se manifesta: “A divulgação do vocábulo (ao qual foi acrescido o sufixo *ismo*), no sentido hoje difundido em todo o mundo, em muito se deve aos pontífices da Igreja Católica. Alguns papas tinham por hábito conceder cargos, dádivas e favores aos seus parentes mais próximos, terminando por lapidar os elementos intrínsecos ao nepotismo (...)”. GARCIA, Emerson. *O nepotismo*. JAM Jurídica, Salvador, ano 11, n. 4, p. 1-9, abr. 2006.

<sup>741</sup> Os principais prós e contras do ativismo judicial, segundo a doutrina Professora Maria Benedita Urbano, são os seguintes: a) Argumentos a favor: a passividade e letargia dos outros poderes, em especial do legislativo; a necessidade de dar efetividade aos direitos fundamentais, em particular aos direitos sociais; a assunção de um papel mais ativo dos juízes visa dar eficácia à constituição e garantir sua supremacia; os juízes, designadamente os juízes constitucionais, apenas procuram fazer aquilo que é certo; a maior

Mas não é só! Recentemente, nos autos da Reclamação nº 4.335-5/AC, o STF demonstrou mais uma vez que não há limites para sua criatividade. Desta feita, a Suprema Corte brasileira proferiu decisão de mérito simplesmente desconsiderando o teor do dispositivo constitucional que estatui a competência do Senado Federal para suspender, no todo ou em parte, lei declarada inconstitucional por decisão definitiva da Corte, no âmbito do controle concreto de constitucionalidade. Em outras palavras, a única possibilidade então existente na ordem jurídica brasileira de conferir eficácia *erga omnes* por meio do controle concreto de constitucionalidade era a previsão contida no art. 52, X, da Constituição, que atribuía ao Senado Federal competência suspender os efeitos da decisão definitiva do STF, em controle difuso de constitucionalidade. Não obstante, a Corte Suprema simplesmente ignorou dispositivo constitucional e, conseqüentemente, também o Senado Federal, ao conferir eficácia expansiva à sua decisão.<sup>742743</sup>

---

flexibilidade – e, por conseguinte, a melhor adequação à realidade – da legislação judicial; a falta de legitimidade democrática dos juízes é compensada por outros valores e considerações, como seja a sua autonomia funcional; o fortalecimento do poder judicial deve ser visto como uma tentativa de libertar a governação das vicissitudes do processo democrático. b) Argumentos contra: a função dos juízes é a de interpretar e aplicar leis existentes, cabendo ao executivo e ao legislativo a função de *policy-making*; os juízes devem concretizar a vontade do legislador, nomeadamente dos parlamentos democraticamente eleitos, enquanto representantes do povo; a acumulação de todas as funções (legislativa, executiva e judicial) nas mãos dos juízes pode levar à tirania; as decisões judiciais não podem ser movidas por considerações de natureza política; os juízes não podem promover e impor as suas agendas políticas ou expressar as suas opiniões, crenças ou concepções de justiça; quando atuam como legislador positivo, os juízes constitucionais forçam uma transferência de poder, dos parlamentares eleitos para os juízes não eleitos, que é claramente inconstitucional; os juízes constitucionais não têm que prestar contas aos eleitores num ato eleitoral (como sucede com os representantes eleitos) e as normas por eles criadas são insindicáveis; os juízes constitucionais, com seu ativismo, geram incerteza no direito, pois ao criarem normas para o caso concreto tornam imprevisível o direito a aplicar; as normas aplicadas pelos juízes constitucionais são normalmente retroativas, sendo elaboradas para resolver disputas jurídicas que ocorreram no passado (ao legislarem eles estão a desrespeitar o princípio do Estado de Direito); nem sempre é fácil aos juízes ter uma ideia precisa das condições políticas, económicas e sociais de um país; a *policymaking* judicial pode comprometer seriamente ou prejudicar de forma irremediável a independência, o prestígio e a neutralidade do poder judicial; ao criarem direito a partir de princípios gerais, ainda para mais nem sempre expressos no texto constitucional, os juízes não estão a atuar apenas como legisladores ordinários, mas, de igual forma, como constituintes. E acabam por modificar a constituição sem respeitar o respectivo processo de revisão. URBANO, Maria Benedita. *Curso de...*, cit., 2012, pp. 99-101.

<sup>742</sup> A Reclamação nº 4335-5/AC, em síntese, questionava a decisão da Vara de Execuções Penais do município de Rio Branco/AC, que negava a dez condenados por crimes hediondos o direito à progressão de regime prisional com fundamento no artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, que proibia tal progressão, mesmo já tendo o STF, em controle concreto de constitucionalidade, considerado inconstitucional a norma que proibia esta possibilidade. Esta é a razão que motivou a propositura de Reclamação no STF, a qual tinha por objeto discutir os limites do art. 52, X, da Constituição de 1988, que estabelece a competência específica do Senado para a suspensão dos efeitos de lei declarada inconstitucional por decisão oriunda do controle difuso. Depois de vários anos tramitando, a aludida Reclamação foi julgada procedente no dia 20/03/2014, a partir do voto condutor do ministro Zavascki, que sustentou que as decisões do STF, mesmo em ações no âmbito do controle concreto de constitucionalidade, têm ao longo dos anos se revestido de eficácia expansiva. Além disso, o ministro acolheu a Reclamação alegando a violação da Súmula Vinculante nº 26/2009, que assim

A ampliação do espectro de atuação do STF, que executa precipuamente o papel de guardião da Constituição, tem alçado o Poder Judiciário, notadamente a Corte Suprema, a uma situação de inédito – e arriscado – protagonismo no Brasil, reforçado, é verdade, por certo definhamento do Poder Legislativo e pela conhecida ineficiência do Executivo, que reiteradas vezes deixam de exercer de forma injustificada suas atribuições constitucionais, acarretando com isso a propositura de demandas como forma derradeira de solução de litígios. A despeito desse papel mais atuante e decisionista, deve-se ter mais cautela em relação ao emergente protagonismo do Judiciário, haja vista que “um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode “inventar” o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia”<sup>744</sup>. Nessa perspectiva, deve-se buscar, conforme lição de Canotilho, o justo equilíbrio entre um tribunal excessivamente jurisdicional e um tribunal excessivamente político<sup>745</sup>, pois o conceito de jurisdição constitucional, numa versão contemporânea, “prende-se à necessidade do estabelecimento

---

estabelece: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”. (STF, Rel 4335-5/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno. Julgamento: 20.03.2014).

<sup>743</sup> Lenio Streck faz os seguintes comentários acerca da citada decisão do Supremo Tribunal Federal: “Ainda que ao final não tenha sido formado um entendimento majoritário acerca de uma pretensa mutação constitucional do art. 52, inc. X, este teve seu sentido esvaziado diante de uma eficácia expansiva das decisões do STF, que altera substancialmente nosso modelo de controle de constitucionalidade em sentido oposto aos ditames constitucionais, sobretudo no que tange a separação dos poderes”; em seguida Streck arremata dizendo que “o STF desenvolveu, partindo principalmente dos votos dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, a ideia da *abstrativização* do sistema difuso de controle de constitucionalidade”. STRECK, Lenio Luiz. *A baixa constitucionalidade...*, cit., 2014.

<sup>744</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>> Acesso em 07.04.2015.

<sup>745</sup> Canotilho afirma que “Um ‘tribunal excessivamente jurisdicional’ aplicará com rigor a ‘guilhotina fiscalizadora’ cortando cerce as raízes inconstitucionais semeadas nos actos normativos. Um ‘tribunal excessivamente político’ apostará numa apreciação ponderada, graduada e modelada da inconstitucionalidade dos actos normativos, tendo em conta a ‘sensibilidade política’ do problema submetido à sua apreciação. Como é fácil intuir, ao primeiro modelo está subjacente a ideia de órgão constitucional com funções meramente ‘demolidoras’, ‘cassatórias’ ou ‘anulatórias’, próxima do ideal kelseniano de ‘legislador negativo’. A segunda compreensão tem em conta a ‘subtileza’ das questões jurídico-políticas e os efeitos traumáticos das decisões que se limitam a optar pelo esquema binário constitucionalidade/inconstitucionalidade. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Jurisdição Constitucional e Intranquilidade Discursiva*. In *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Volume I. Organização: Jorge Miranda, Coimbra: Ed. Coimbra, 1996, p. 883.

de uma instância neutra, mediadora e imparcial na solução dos conflitos constitucionais”.<sup>746</sup>

Assim, face às costumeiras omissões normativas vivenciadas no cenário brasileiro, o STF tem sido chamado a se pronunciar sobre determinadas matérias cujo tratamento normativo, segundo a repartição de competências definida na Constituição, caberia a outro Poder, normalmente o Legislativo. Provocada a decidir, muitas vezes a Corte Suprema tem avançado por um incerto terreno movediço, ao impor obrigações a outros poderes e sobretudo ao construir soluções normativas para casos concretos postos a seu juízo. Em casos assim, a razoabilidade deve guiar a atuação da Corte Suprema, para que uma atuação mais ousada não descaracterize a competência própria e inerente ao Poder Judiciário que, segundo a dogmática legalista tradicional, é a subsunção do fato à norma jurídica.

Se, por um lado, a conduta exageradamente ativa do Poder Judiciário *reinventa*<sup>747</sup> a Constituição, colocando em cheque os estudos de Hobbes e Montesquieu e fazendo estremecer o equilíbrio institucional previsto na própria Constituição, por outro, a inércia normativa do Legislativo ou do Executivo seguida por uma omissão também por parte do Poder Judiciário parece apontar para um cenário ainda mais desolador, haja vista que propagam, em todos os casos, o descrédito do texto constitucional concebido pelo legislador constituinte, esvaziando sua força normativa<sup>748</sup> e desamparando os indivíduos que acionaram a máquina judicial. Nessa perspectiva, ensina Elival da Silva Ramos que é papel da crítica doutrinária<sup>749</sup> auxiliar o Poder Judiciário a “encontrar o equilíbrio entre a ousadia e criatividade, imprescindíveis à tarefa de concretização de uma Constituição

---

<sup>746</sup> BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição...*, cit., 2004, pp. 127-150.

<sup>747</sup> Para José Adércio Sampaio, “Se pode soar exagero na afirmação de que o juiz constitucional reinventou a constituição, ninguém ousará discordar que ele tem sido o co-autor constituinte, mesmo que não diga, mesmo que não reconheça – e não pode dizer ou reconhecer –, por aquilo que faz”. SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 887.

<sup>748</sup> Para Hesse, a Constituição possui uma “força normativa”, ou seja, é um estatuto jurídico cujas normas (princípios e normas-regras) são dotadas de eficácia jurídica, aptas a inovarem na ordem jurídica, criando, extinguindo ou modificando direitos, de forma impositiva, coercitiva, exigível em face de todos os seus destinatários e sindicáveis perante os poderes públicos. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição (die normative Kraft der Verfassung)*. (Tradução de Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

<sup>749</sup> O Prof. Elival da Silva Ramos critica o ativismo judicial, em razão, segundo ele, de tais práticas ativistas implicarem descaracterização da atividade própria e peculiar do Poder Judiciário, em prejuízo aos demais Poderes, ameaçando-os, sobretudo o Legislativo, o qual tanto pode ter sua atividade legiferante irregularmente infirmada por decisão do Poder Judiciário, quanto o seu campo de produção normativa invadido por decisões demasiadamente inventivas. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo...*, cit., 2010, p. 129.

social-democrática, e a observância dos limites decorrentes da adequada interpretação do próprio texto que se pretende ver transformado em realidade”<sup>750</sup>, pois a Constituição, afirma Streck, “não é um documento meramente *político* (declarativo, pessoal, partidarista), que conteria um finalismo político-social, do qual o Direito seria um instrumento”.<sup>751</sup>

Com efeito, o primeiro passo para o resgate das competências dos órgãos institucionais representativos das três funções estatais e conseqüentemente para a diminuição do arriscado ativismo atualmente praticado pelo Poder Judiciário brasileiro seria a assunção pelos órgãos competentes das atribuições previstas pela própria Constituição, notadamente no que se refere à elaboração das inúmeras normas requisitadas pelo texto constitucional, de modo a possibilitar, tanto quanto possível, a efetividade e eficácia social que se espera das normas constitucionais. Nesse contexto, quando se perquire sobre *inatividade normativa* do poder público, a jurisprudência do STF tem se modificado diametralmente ao longo das últimas décadas, passando de um período quase meramente contemplativo para a fase atual, em que a ousadia, embora parcialmente justificada pela alegação de proteção aos direitos fundamentais, parece exacerbar e ameaçar o equilíbrio e harmonia dos poderes.

### **2.7.1. As sentenças aditivas do Supremo Tribunal Federal como instrumento de combate às omissões normativas**

No Brasil, o debate sobre a ineficácia histórica do controle exercido – especialmente – pelo Supremo Tribunal Federal sobre as omissões normativas parece ter provocado uma mudança de perspectiva sobre o poder do juiz – e pelo próprio juiz – para interpretar e aplicar a Constituição. E essa mudança ocorre principalmente em razão da *abertura* das normas constitucionais, que propicia uma atuação mais proativa e

---

<sup>750</sup> RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo...*, cit., 2010. p. 274.

<sup>751</sup> Segundo Lenio Streck, é o próprio conteúdo jurídico da Constituição “que institucionaliza os campos com ela intercambiáveis, como a política, a economia e a moral. Mas isso não pode significar que o jurídico seja aquilo que a jurisdição diga que é. Se assim se admitir, corre-se o risco de suprimir a democracia, substituindo-se a onipresença da vontade geral pelo governo dos juízes”. STRECK, Lenio Luiz. *A baixa constitucionalidade...*, cit., 2014.

concretizadora não só por parte do juiz como também do administrador público<sup>752</sup>. Em decorrência do momento de protagonismo experimentado pelo Poder Judiciário brasileiro nos dias atuais, é possível constatar uma perceptível retração especialmente do Poder Legislativo. De fato, o fenômeno do ativismo judicial, por se consubstanciar numa participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário com vistas à efetivação das regras e princípios da constituição, acaba por provocar, em maior ou menor escala, interferências no espaço de atuação dos demais poderes.

Por outro lado, as omissões inconstitucionais provocam graves transformações na sociedade e inegável dano institucional, *arranhando* o Estado constitucional e ameaçando ruir a ideia da primazia da Constituição, pois não se pode admitir que o texto constitucional preveja a existência de inúmeros direitos em favor dos cidadãos, e o próprio poder público, com injustificável inércia, mantenha tais direitos fora da esfera de disponibilidade dos indivíduos, conduta que acaba por subtrair a normatividade própria da Constituição.<sup>753</sup>

Com o propósito de minimizar o desconforto de proferir decisões que não protegem nem a Constituição nem o administrado lesado pela inatividade estatal, a Suprema Corte brasileira, nas últimas décadas, passou a atuar de forma mais arrojada e *criativa* no combate às omissões inconstitucionais, com a adoção de *sentenças aditivas* ou *modificativas*<sup>754</sup>, por influência principalmente das jurisprudências italiana<sup>755</sup>, portuguesa e germânica<sup>756</sup>. Segundo Rui Medeiros, a atribuição de uma função positiva ao juiz

---

<sup>752</sup> Sobre o exercício da função administrativa como instrumento para dar concretude às normas constitucionais, veja-se: MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O Administrative Constitutionalism: resgatar a Constituição para a Administração Pública*, in estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Volume IV. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

<sup>753</sup> Para Hesse, “A Constituição não configura apenas a expressão de um *ser*, mas também de um *dever ser*; ela significa mais do que simples reflexos das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas”. HESSE, Konrad. *A força...*, cit., 1991, p. 15.

<sup>754</sup> MEDEIROS, Rui. *A decisão...*, cit., 1999, p. 457.

<sup>755</sup> O Professor Rui Medeiros destaca também que, na Itália, existem as sentenças aditivas de prestação (*additive di prestazione*), as quais atribuem direitos à prestação de serviços ou direitos de conteúdo patrimonial à determinadas categorias de pessoas excluídas inicialmente, e que são criticadas pela repercussão nas despesas públicas; as aditivas de garantia (*additive di garanzia*), que importam em uma abstenção, um dever estadual de *non facere* ou uma situação de sujeição da parte do estado; e, por fim, as aditivas de princípio, em que o tribunal introduz um princípio em vez de uma regra. MEDEIROS, Rui. *A decisão...*, cit., 1999, p. 464.

<sup>756</sup> Rui Medeiros explica que há diferenças na delimitação das hipóteses em que são admitidas as sentenças aditivas: “Na verdade, além de o *Bundesverfassungsgericht*, ao contrário da *Corte Costituzionale*, rejeitar decisões modificativas quando a discriminação resulta do silêncio da lei, o Tribunal Constitucional italiano admite mais facilmente do que o Tribunal Constitucional Federal alemão a existência de valores constitucionais que postulem a modificação da lei. Mesmo um autor como Vezio Crisafulli, que não se cansa de sublinhar que a legislação positiva criada pela *Corte Costituzionale* é uma legislação *rime obbligate* [isto

constitucional harmoniza-se, desde logo, com a tendência hodierna para a acentuação da importância e da criatividade da função jurisdicional<sup>757</sup>. Nesse contexto de coisas é que tem surgido uma emergente força das sentenças aditivas em diversos sistemas jurídicos como mecanismo de eficácia da jurisdição constitucional. Sentenças aditivas<sup>758759</sup>, portanto, são decisões por meio das quais “se considera inconstitucional uma certa disposição enquanto omite dizer algo (isto é, na parte em que não prevê uma determinada coisa), e que, subsequentemente, introduzem a disciplina que alegadamente estava em falta”<sup>760</sup>.

Essas sentenças têm sido utilizadas pela *Corte Costituzionale della Repubblica italiana* desde a década de 1970, como meio encontrado para solucionar ou ao menos reduzir os prejuízos ocasionados por omissões inconstitucionais de natureza parcial. Por

---

é, trata-se de atividade legislativa vinculada ao poder de conformação limitado pelo gizamento constitucional estabelecido para a matéria], alude ao contraste entre a solução italiana e a solução alemã: o *Bundesverfassungsgericht* alemão, perante uma violação do princípio da igualdade resultante de um tratamento de favor concedido apenas a algumas das pessoas que se encontram num plano essencialmente igual, lança geralmente mão da simples declaração de incompatibilidade, pois entende que o poder legislativo dispõe de várias possibilidades de eliminação do vício e, entre outras opções, tanto pode estender a norma de favor aos até aí excluídos, como revogá-la para todas; pelo contrário, em situações deste género, a Corte italiana adopta uma sentença manipulativa, anulando a disposição *nella parte in cui* (ainda que implicitamente) *esclude* do benefício a categoria preterida, estendendo assim o tratamento mais favorável”. MEDEIROS, Rui. *A decisão...*, cit., 1999, p. 461.

<sup>757</sup> Ainda segundo Rui Medeiros, “Os arautos das decisões modificativas, além de sublinharem o papel de *indirizzo* político que cumpre ao tribunal Constitucional desempenhar, insistem, não só no papel que lhe cabe na concretização da ordem de valores incorporada na Constituição, como na insuficiência dos instrumentos decisórios clássicos (decisões de pura e simples rejeição ou acolhimento)”. MEDEIROS, Rui. *A decisão...*, cit., 1999, p. 493.

<sup>758</sup> Conforme Fátima de Sá, as sentenças aditivas podem ser definidas “como aquelas que declaram que ao preceito impugnado lhe falta algo para ser conforme à Constituição, devendo, assim, o preceito ser aplicado incluindo aquilo que lhe faltava. Nesse passo, é declarada a inconstitucionalidade do preceito na parte em que não inclui algo ou alguém. Censuram, dessa forma, uma omissão legislativa inconstitucional, entendida aqui como um silêncio parcial do legislador, que cria uma situação contrária à Constituição, pois, na maior parte das vezes, violam o princípio da igualdade. Em sentido amplo, podem ser descritas, conforme Revorio, como aquelas que sem afetar o texto da decisão impugnada, produzem um efeito de extensão ou ampliação de seu conteúdo normativo, assinalando que tal dispositivo deve incluir algo que no texto da disposição não prevê expressamente. Assim, a inconstitucionalidade é declarada não naquilo que a norma prescreve, mas, contrariamente, a fiscalização recai no fato da norma não prever aquilo que deveria estar previsto para ser conforme à Constituição”. SÁ, Fátima de. *Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas*. In *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. MORAIS, Carlos Blanco de (org.). Lisboa: AAFDL, 2009, pp. 428-429.

<sup>759</sup> Segundo Jorge Miranda, “Nas decisões aditivas (também chamadas modificativas ou manipulativas) a inconstitucionalidade detectada não reside tanto naquilo que a norma preceitua quanto naquilo que ela não preceitua; ou, por outras palavras, a inconstitucionalidade acha-se na norma na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição. E então, o órgão de fiscalização acrescenta (e, acrescentando, modifica) esse elemento que falta”. MIRANDA, Jorge. *Manual...*, cit., 2008, p. 88.

<sup>760</sup> URBANO, Maria Benedita. *Curso de...*, cit., 2012, p. 84.



meio de tais sentenças e no exercício do controle de constitucionalidade das omissões, a Corte Constitucional italiana manipula com sua decisão o dispositivo normativo questionado, com vistas a alterar ou ampliar seu significado. Além disso, ante a ausência de algum elemento normativo necessário para que o dispositivo normativo em julgamento esteja de acordo com a Constituição, a Corte pode acrescentar a essa norma o elemento ausente, que pode ser outra norma ou princípio constitucional do ordenamento jurídico.<sup>761</sup>

No âmbito da jurisprudência da Suprema Corte brasileira já foram identificadas inúmeras sentenças aditivas<sup>762</sup>. No entanto, os mandados de injunção 708, 712 e 670, já mencionados nesta pesquisa, merecem algum aprofundamento neste tópico, devido a sua importância para a jurisdição constitucional no Brasil. Os aludidos mandados de injunção referem-se ao mesmo tema, que é a omissão do Poder Legislativo em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos. Referido direito de greve está previsto no art. 37, VII da Constituição de 1988.<sup>763</sup>

Trata-se de dispositivo constitucional que tem por objetivo garantir o direito de greve de uma categoria específica, os servidores públicos, mas que, devido à complexidade que envolve a matéria, entendeu o legislador constituinte que caberia ao Poder Legislativo a tarefa de regulamentar o dispositivo, estabelecendo em que termos poderiam os servidores públicos exercer legitimamente seu direito. Nesse contexto, deve-se registrar desde logo que o dispositivo antes transcrito materializa norma de eficácia limitada<sup>764</sup>, exigindo, pois, regulamentação para se tornar aplicável. Ocorre que tal regulamentação, mesmo após quase trinta anos de vigência da Constituição brasileira, ainda não foi levada a efeito, mostrando inequívoco e constrangedor despreço por parte dos poderes públicos à supremacia da Constituição e, porque não dizer, aos administrados, de forma geral.

---

<sup>761</sup> Conforme ensina IANNUCILLI, Loris. *Profili storici e teorici*. In: Corte Costituzionale italiana. Problemi Dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale: Quaderno predisposto in occasione della Conferenza della Corti Costituzionali europee. Vilnius 2. 7 giugno, 2008.

Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/studiRicerche.do> Acesso em: 10.04.2015.

<sup>762</sup> (STF, MI 758 DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento 01.07.2008, Tribunal Pleno, DJe 26.09.2008).

<sup>763</sup> Art. 37, CF - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica;

<sup>764</sup> STF: “O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de autoaplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição (...)”. (STF, MI 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, Julgamento 19.05.1994)

Embora jamais regulamentado o direito de greve dos servidores públicos, deve-se registrar, para a exata dimensão da sentença aditiva do STF, que existe no Brasil a Lei nº 7.783/1989, a qual dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. O art. 16 da referida Lei exclui expressamente de sua abrangência os servidores públicos que, segundo o disposto no art. 37, inciso VII, da Constituição, o direito de greve de tal categoria deve ser tratado por meio de lei específica<sup>765</sup>. Em síntese, esse era, portanto, o cenário jurídico no Brasil até 25 de outubro 2007<sup>766</sup>: o direito de greve dos trabalhadores privados era regido pela Lei nº 7.783/89, ao passo que o direito de greve dos servidores públicos, conquanto reconhecido expressamente pelo texto originário da Constituição de 1988, aguardava a regulamentação exigida pela norma constitucional para que fosse exercido em sua plenitude.

Como a inércia legislativa àquela época já se arrastava por quase vinte anos, foram impetrados os mandados de injunção antes referenciados, a fim de colmatar a lacuna legislativa que tanto prejudicava a categoria dos servidores públicos e também – e principalmente – a sociedade brasileira, que sofria com a sucessão de greves sem que houvesse uma norma legal que se enquadrasse à espécie. Nesse cenário, foi proferido o voto do Ministro Gilmar Mendes nos autos do MI 708, fazendo emergir uma nova construção jurisprudencial no âmbito do mandado de injunção e conseqüentemente no suprimento de omissões legislativas.<sup>767</sup>

---

<sup>765</sup> A necessidade de tratamento específico ao direito de greve dos servidores públicos se justifica em razão do princípio da continuidade dos serviços públicos, que, em tese, exigirá maior rigor no tratamento da matéria.

<sup>766</sup> Data de julgamento dos mandados de injunção 708, 712 e 670, pelo STF.

<sup>767</sup> Os principais trechos do mencionado voto são os seguintes: “(...) O direito de greve dos servidores públicos tem sido objeto de sucessivas dilações desde 1988. A Emenda Constitucional no 19/1998 retirou o caráter complementar da Lei regulamentadora, a qual passou a demandar, unicamente, lei ordinária e específica para a matéria. Não obstante subsistam as resistências, é bem possível que as partes envolvidas na questão partam de premissas que favoreçam ao estado de omissão ou de inércia legislativa. A representação de servidores não vê com bons olhos a regulamentação do tema, porque visa a disciplinar uma seara que hoje está submetida a um tipo de lei da selva. Os representantes governamentais entendem que a regulamentação acabaria por criar o direito de greve dos servidores públicos. Essas visões parcialmente coincidentes têm contribuído para que as greves no âmbito do serviço público se realizem sem qualquer controle jurídico, dando ensejo a negociações heterodoxas, ou a ausências que comprometem a própria prestação do serviço público, sem qualquer base legal. (...) A não-regulação do direito de greve acabou por propiciar um quadro de selvageria com sérias conseqüências para o Estado de Direito. Estou a lembrar que Estado de Direito é aquele no qual não existem soberanos. Nesse quadro, não vejo mais como justificar a inércia legislativa e a inoperância das decisões desta Corte. Comungo das preocupações quanto a não assunção pelo Tribunal de um protagonismo legislativo. Entretanto, parece-me que a não atuação no presente momento já se

Além dos sólidos argumentos apresentados pelo Min. Gilmar Mendes em seu voto, é de clareza solar a manifestação do então Ministro Carlos Britto, do STF, nos autos do Mandado de Injunção 670, que, como dito, foi julgado em conjunto com os MI 708 e 712. Com efeito, partindo da premissa de que somente é cabível a impetração de mandado de injunção diante de uma norma constitucional de eficácia limitada, afirmou “não fazer sentido que a decisão judicial também seja de eficácia limitada”<sup>768</sup>. Nessa perspectiva, continua Britto, “a uma norma constitucional de eficácia limitada há de se seguir uma decisão judicial de eficácia plena, senão a Constituição estaria lavrando na inocuidade absoluta em tema tão fundamental”<sup>769</sup>.

Como é possível notar, a decisão do Supremo Tribunal Federal de aplicar aos servidores públicos as mesmas regras dos empregados privados previstas na Lei nº 7.783/1989<sup>770</sup>, e, também, a decisão de fixar prazo de 60 dias para que o Congresso Nacional legislasse sobre a matéria permitem concluir tratar-se inequivocamente de sentença *aditiva*.

---

configuraria quase como uma espécie de “omissão judicial”. (...) Nesse contexto, é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar submetido absoluta e exclusivamente a juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo. A disciplina do direito de greve para os trabalhadores em geral no que concerne às denominadas “atividades essenciais” é especificamente delineada nos arts. 9 a 11 da Lei nº 7.783/1989. (...) A partir da experiência do direito alemão sobre a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia da nulidade, tendo em vista especialmente as omissões legislativas parciais, e das sentenças aditivas no direito italiano, denota-se que se está, no caso do direito de greve dos servidores, diante de hipótese em que a omissão constitucional reclama uma solução diferenciada. De resto, uma sistêmica conduta omissiva do Legislativo pode e deve ser submetida à apreciação do Judiciário (e por ele deve ser censurada) de forma a garantir, minimamente, direitos constitucionais reconhecidos (CF, art. 5º, XXXV). Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática de um Estado de Direito (CF, art. 1º). (...) O que se propõe, portanto, é uma mudança de perspectiva quanto às possibilidades jurisdicionais de controle de constitucionalidade das omissões legislativas. É certo, igualmente, que a solução alvitrada por essa posição não desborda do critério da vontade hipotética do legislador, uma vez que se cuida de adotar, provisoriamente, para o âmbito da greve no serviço público, as regras aplicáveis às greves no âmbito privado. (...) Ao desenvolver mecanismos para a apreciação dessa proposta constitucional para a omissão legislativa, creio não ser possível argumentar pela impossibilidade de se proceder a uma interpretação ampliativa do texto constitucional nesta seara, pois é certo que, antes de se cogitar de uma interpretação restritiva ou ampliativa da Constituição, é dever do intérprete verificar se, mediante fórmulas pretensamente alternativas, não se está a violar a própria decisão fundamental do constituinte. No caso em questão, estou convencido de que não se está a afrontar qualquer opção constituinte, mas, muito pelo contrário, se está a engendrar esforços em busca de uma maior efetividade da Constituição como um todo.” (STF, Mandado de Injunção nº 708, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgamento 25.10.2007).

<sup>768</sup> (STF, MI 670, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgamento 25/10/2007. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 134).

<sup>769</sup> (STF, MI 670, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgamento 25/10/2007. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 134).

<sup>770</sup> Na decisão do STF que julgou conjuntamente os Mandados de Injunção 670, 708 e 712 decidiu-se não só pela aplicação da Lei 7.783/89 aos servidores públicos, mas também da Lei 7.701/1988, que, vale dizer, dispõe sobre a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de processos coletivos.

As sentenças *aditivas*, *integrativas* e *substitutivas* são designadas, ao lado de outras, pela doutrina italiana como “sentenças manipulativas”, às quais, segundo lúcida lição de Alves Correia, revelam a “candente questão da legitimidade das decisões do Tribunal Constitucional que não se limitam à eliminação das normas jurídicas, antes as transformam, adequam, modificam e integram”<sup>771</sup>. Resta interrogar-nos, continua o autor português, se ao proferir “este tipo de decisões os tribunais constitucionais ‘descobrem’ o direito que anunciam ou se ‘o inventam’ e se ‘inventar’ o direito é uma *habilidade* ou uma *tiranía*”.<sup>772</sup>

## 2.8. O problema da inércia normativa em outros sistemas jurídicos

A omissão inconstitucional não é problema novo e muito menos uma exclusividade do sistema jurídico brasileiro. Deveras, as constituições criadas após a instauração do chamado *estado social*<sup>773</sup> normalmente padecem desse mal, porquanto consagram um significativo rol de direitos e garantias individuais, circunstância que acaba por exigir a participação dos poderes públicos na busca da efetivação desses *ganhos normativos*. Ocorre que muitos governos, em flagrante contrariedade aos mandamentos constitucionais, sustentam que alguns direitos previstos genericamente nas Cartas Constitucionais são irrealizáveis<sup>774</sup> do ponto de vista econômico-financeiro, omitindo-se conseqüentemente à regulamentação e efetivação de tais direitos. No caso brasileiro, as autoridades públicas normalmente tentam justificar suas omissões inconstitucionais ou

---

<sup>771</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Direito constitucional – A Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina: 2001, pp. 108-109.

<sup>772</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Direito...*, cit., 2001, pp. 108-109.

<sup>773</sup> O Professor João Carlos Loureiro define o Estado social como “aquele em que, sem prejuízo do reconhecimento do papel essencial da economia de mercado, assume como tarefa garantir condições materiais para uma existência humana condigna, afirmando um conjunto de prestações, produzidas ou não pelo Estado, com a marca da deverosidade jurídica, hoje especialmente, mas não exclusivamente, na veste de direitos fundamentais, que respondem, a partir de mecanismos de solidariedade, fraca ou forte, a necessidades que se conexam com bens básicos ou fundamentais (v.g., seguridade social) cujo acesso não deve estar dependente da capacidade de poder pagar, ou não, um preço. LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da ideologia dos “Direitos Adquiridos”*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010, p. 73.

<sup>774</sup> Importante a esse respeito a lição de Amartya Sen, ao afirmar que, caso a viabilidade fosse condição necessária para a efetivação de qualquer tipo de direitos, por certo que não apenas os direitos econômicos e sociais poderiam ser obstaculizados, mas, ao contrário, todos os direitos, o que caracterizaria claro contrassenso, pois em tese seria inviável garantir a vida e liberdade de todos contra eventuais agressões. SEN, Amartya. *A ideia de Justiça* (trad.: Nuno Castello-Branco Bastos). Coimbra: Almedina, 2010, p. 504.

legais ancorando-se na teoria da *reserva do possível*.<sup>775</sup>

Nesse prisma, a existência – e persistência – das inatividades normativas qualificadas acaba por reduzir o valor do princípio da supremacia da constituição e fazer cambaleiar o próprio Estado Constitucional<sup>776</sup>. Como dito anteriormente, as omissões que agridem a Constituição não se traduzem num problema genuinamente brasileiro, mas de inúmeros Estados que adotaram nas últimas décadas constituições analíticas consagradoras de inúmeros direitos a serem exercidos pelas pessoas em face do Estado. Bem por isso, importante relatar a experiência de outros Estados relativamente ao combate às omissões normativas, seja simplesmente como forma de dialogar com outras realidades jurídicas distintas, seja com o propósito de diagnosticar a extensão do problema, seja ainda com o objetivo de apresentar algum possível contributo para o aperfeiçoamento do sistema jurídico brasileiro<sup>777</sup>. Nesse aspecto, é de grande valia conhecer a experiência jurídica portuguesa, que tanto tem influenciado o Direito brasileiro desde sempre. Para manter critério de racionalidade em relação ao capítulo anterior, também serão examinados os sistemas de combate à omissão normativa inconstitucional existentes na França e na Espanha, que, devido às suas peculiaridades, contribuirão positivamente para o

---

<sup>775</sup> Sobre a teoria da reserva do possível, que reiteradamente tem sido utilizada pelo Poder Público como justificativa para suas omissões inconstitucionais, transcreve-se a seguir trecho de importante precedente do Supremo Tribunal Federal sobre o tema: “É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente usando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) (STF, ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.2004)

<sup>776</sup> Segundo o magistério do Professor Canotilho, o “Estado Constitucional, para ser um estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático. Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de direito e Estado democrático.”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 93.

<sup>777</sup> René David afirma em sua obra que o estudo do direito comparado apresenta basicamente três vantagens: “O direito comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito nacional; é, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional”. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1989, p. 3.

aprofundamento da pesquisa.

### 2.8.1. O modelo português

No que tange aos processos de fiscalização de constitucionalidade atualmente existentes, é possível afirmar que o sistema criado pela Constituição brasileira de 1988, até mesmo pela histórica influência do direito português, apresenta similaridades em relação àquele previsto na Constituição Portuguesa de 1976. Com efeito, os dois sistemas de controle possibilitam a arguição de inconstitucionalidade por *ação* e por *omissão*, além de admitirem a fiscalização de constitucionalidade de forma *difusa e concentrada*.<sup>778</sup>

Segundo Vital Moreira, o sistema português é uma combinação do método de controle difuso e concreto de *judicial review* e do método de controle concentrado e abstrato de *Verfassungsgerichtsbarkeit*, resultando, desta  *fusão*, um *sistema misto complexo*<sup>779</sup>, no qual convivem quatro formas de fiscalização da constitucionalidade: a) fiscalização preventiva da inconstitucionalidade por ação; b) fiscalização sucessiva abstrata da inconstitucionalidade por ação; c) fiscalização sucessiva concreta da inconstitucionalidade por ação; e, por fim, d) fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. O Tribunal Constitucional, acrescenta o autor, “não detém o monopólio da fiscalização da constitucionalidade”.<sup>780</sup>

A fiscalização preventiva desempenha duas funções bem distintas: de um lado, impede a entrada em vigor de normas presumivelmente inconstitucionais, evitando assim a produção de efeitos; de outro, afasta ou diminui as reservas que tenham sido levantadas ou que presumivelmente viriam a ser levantadas quanto à constitucionalidade do diploma e que poderiam enfraquecer a sua legitimidade e até a sua eficácia. A competência para requerer a fiscalização preventiva é distribuída da seguinte forma: a) ao Presidente da

---

<sup>778</sup> O professor Alves Correia explica que “o sistema português de justiça constitucional tem uma natureza mista. Esta resulta da circunstância de ele incluir, simultaneamente, um controlo concreto e incidental da constitucionalidade de normas jurídicas, a cargo de todos os tribunais, o qual ocorre a propósito da aplicação dessas normas aos casos em que houverem por decidir, e um controlo abstracto, directo, por via principal ou por via de acção da conformidade com a Constituição de normas jurídicas, de competência exclusiva do Tribunal Constitucional, o qual se caracteriza por ter lugar independentemente da aplicação de uma norma jurídica a um caso”. CORREIA, Fernando Alves. *Direito...*, cit., 2001, p. 50.

<sup>779</sup> Expressão utilizada por CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 917.

<sup>780</sup> MOREIRA, Vital. *O Tribunal Constitucional Português: a “Fiscalização Concreta” no Quadro de um Sistema Misto de Justiça Constitucional*. *Direito Público*, nº 3, Jan-Fev-Mar, 2004, pp. 63-65.

República, que pode pedir a fiscalização de qualquer diploma legislativo ou convenção internacional que lhe seja submetido para promulgação, assinatura ou ratificação; b) ao Primeiro Ministro e aos deputados da Assembleia da República, que podem pedir a fiscalização das “leis orgânicas”; c) os Ministros da República para as regiões autónomas, que podem pedir a fiscalização dos diplomas regionais que lhes compete assinar. O órgão competente para a fiscalização preventiva é o Tribunal Constitucional.<sup>781782</sup>

A propósito, o Tribunal Constitucional português (TC) é o “órgão *constitucional*, institucional e funcionalmente autónomo”<sup>783</sup> ao “qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional”. O TC é composto “por treze juízes, sendo dez designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes” e tem como uma de suas principais atribuições “apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade”.<sup>784785</sup>

Pois bem, no que tange à fiscalização sucessiva ou repressiva, ou seja, aquela que é realizada depois das normas publicadas, existe um controle abstrato e concentrado em “via principal” ou “via direta”. Embora o controle concentrado seja independente da fiscalização concreta, existe a possibilidade de *trânsito* do controle concreto para o controle abstrato, a fim de se obter a generalização das decisões proferidas em controle concreto (art. 281º-3, CRP). A fiscalização abstrata compete exclusivamente ao Tribunal Constitucional, a requerimento de certos órgãos públicos<sup>786</sup>, não estando disponível aos

---

<sup>781</sup> MOREIRA, Vital. *O Tribunal...*, cit., 2004, pp. 66.

<sup>782</sup> Para Canotilho, “o sentido de um controle que incida sobre *normas imperfeitas* não tem natureza idêntica à de um controle jurisdicional incidente sobre normas já entradas em vigor. A decisão do tribunal não consiste na anulação de normas mas sim na *proposta de veto* ou *reabertura do processo legislativo*”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 918.

<sup>783</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 678.

<sup>784</sup> Explicando a opção portuguesa de rejeição de um modelo de fiscalização da constitucionalidade exclusivamente difuso, bem assim a opção por um sistema parcialmente concentrado no Tribunal Constitucional, Rui Medeiros leciona no sentido de que a instituição em Portugal de um regime de fiscalização concentrada de atos normativos justifica-se pela natureza geral do objeto ajuizado, acrescentando que “O Tribunal Constitucional não é, neste sentido, o *único* juiz constitucional, mas apenas o *único* capaz de produzir *sentenças constitucionais* com eficácia *erga omnes* ou, em qualquer caso, capaz de velar pela uniformidade de jurisprudência”. MEDEIROS, Rui. *A Decisão...*, cit., 1999, p. 91.

<sup>785</sup> Vital Moreira sintetiza as competências do TC no que tange ao controle de constitucionalidade da seguinte forma: “o Tribunal Constitucional é o órgão competente para a fiscalização preventiva, para a fiscalização sucessiva abstracta e para a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, funcionando como instância de recurso na fiscalização concreta”. MOREIRA, Vital. *O Tribunal...*, cit., 2004, p. 69.

<sup>786</sup> Constituição portuguesa de 1976, art. 281º, 2: Podem requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, com força obrigatória geral:

- a) O Presidente da República;
- b) O Presidente da Assembleia da República;

cidadãos.<sup>787</sup> A declaração de inconstitucionalidade possui efeitos repristinatórios e é retroativa<sup>788</sup>, entretanto a decisão de inconstitucionalidade pode restringir os efeitos temporais ou materiais da própria retroatividade.<sup>789</sup> Noutros termos, a modulação de efeitos pode afastar o caráter repristinatório da declaração de inconstitucionalidade.<sup>790</sup>

Além do controle concentrado, a Constituição portuguesa prevê a existência do controle difuso de constitucionalidade, ao estatuir que “Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados” (art. 204º). Do âmbito da fiscalização da constitucionalidade em Portugal, segundo Alves Correia, estão excluídos os atos políticos, os atos administrativos (de caráter não normativo), as decisões jurisdicionais e os atos jurídico-privados.<sup>791792793794</sup>

Ao comentar o controle difuso no direito português, Canotilho afirma que todos os tribunais, sem exceção, “são órgãos da justiça constitucional”, pois em Portugal não se

---

c) O Primeiro-Ministro;

d) O Provedor de Justiça;

e) O Procurador-Geral da República;

f) Um décimo dos Deputados à Assembleia da República;

g) Os Representantes da República, as Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes dos Governos Regionais ou um décimo dos deputados à respectiva Assembleia Legislativa, quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das regiões autónomas ou o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do respectivo estatuto.

<sup>787</sup> Conforme MOREIRA, Vital. *O Tribunal...*, cit., 2004, pp. 66-67.

<sup>788</sup> Para Canotilho, “uma norma *inconstitucional* é *ipso jure* nula, ou seja, está ferida de *nulidade absoluta*”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 947.

<sup>789</sup> OTERO, Paulo. *A Fiscalização da Constitucionalidade em Portugal*. Cadernos de Direito, nº 5 (8-9), jan/dez, 2005, pp. 121-130.

<sup>790</sup> MORAIS, C. Blanco de. *Justiça...*, cit., 2006, p. 661.

<sup>791</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Direito...*, cit., 2001, p. 76 e ss.; no mesmo sentido MORAIS, C. Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo I. Coimbra Editora, 2006, p. 437.

<sup>792</sup> Vital Moreira acrescenta que “Ficam fora do sistema de fiscalização da constitucionalidade os actos administrativos propriamente ditos – que todavia, se inconstitucionais, podem ser contenciosamente impugnados por ilegalidade nos termos gerais da justiça administrativa – e os chamados actos políticos ou de governo (por exemplo, a demissão do Governo ou a dissolução da Assembleia da República pelo Presidente da República), que não estão sujeitos a nenhum processo de controlo de legitimidade, mas somente ao controlo político do parlamento e da opinião pública”. MOREIRA, Vital. *O Tribunal...*, cit., 2004, pp. 70-71.

<sup>793</sup> Segundo Paulo Otero, “só os atos normativos provenientes de entidades públicas são passíveis de controle de constitucionalidade”, no entanto, a jurisprudência tem admitido também, por outro lado, o controle de “atos não normativos que revistam forma legislativa”. OTERO, Paulo. *A Fiscalização...*, cit., 2005, pp. 121-130.

<sup>794</sup> Por fim, Canotilho adverte que no direito constitucional português, o “objeto de fiscalização judicial são apenas as *normas*, mas todas as normas, independentemente da sua natureza, da sua forma, da sua fonte e da sua hierarquia”, acrescentando que “a norma, para valer como norma juridicamente vinculante, deve ser criada por um poder normativo legitimado para criar padrões de comportamento e regras de decisão de conflitos”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 932.



consagra um sistema de mero incidente de inconstitucionalidade, como na Itália e na Alemanha, entre outros, já que os tribunais têm acesso direto à Constituição, com competência não apenas para apreciar e decidir o incidente, isto é, servir como juízo de admissibilidade, mas para decidir acerca da inconstitucionalidade suscitada.<sup>795</sup>

A competência para julgar questões de constitucionalidade é reconhecida a todos os tribunais (art. 204º e 280º, CRP), que podem apreciar, por impugnação das partes ou por iniciativa do próprio juiz, a eventual inconstitucionalidade das normas aplicáveis aos casos concretos submetidos ao seu julgamento. Todavia, há sempre possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional – recurso que, em alguns casos, é obrigatório para o Ministério Público –, cabendo ao TC decidir definitivamente a questão. Não obstante, registre-se que a decisão continua a valer para o caso que deu origem ao recurso.<sup>796797</sup>

Conforme a doutrina de Vital Moreira, o regime da fiscalização concreta revela claramente a sua natureza mista, entre o sistema difuso, tradicional em Portugal, e o sistema concentrado, de tipo austríaco, introduzido na Constituição portuguesa de 1976. O sistema de controle de constitucionalidade português é um sistema original. Diferentemente do que acontece com outros sistemas dotados de tribunal constitucional, os tribunais comuns também têm acesso direto à Constituição, dispondo de competência plena para julgarem e decidirem as questões suscitadas; mas, diversamente dos sistemas de *judicial review*, as decisões dos tribunais da causa são recorríveis para um tribunal constitucional específico, exterior à jurisdição ordinária.<sup>798</sup>

Além do controle da inconstitucionalidade por ação, existe o controle concentrado de omissões legislativas (art. 283º da Carta portuguesa) – controle da inconstitucionalidade por omissão<sup>799</sup> –, mas as decisões do Tribunal Constitucional sobre a existência da

---

<sup>795</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 917.

<sup>796</sup> MOREIRA, Vital. *O Tribunal...*, cit., 2004, p. 67.

<sup>797</sup> Comentando o sistema de controle de constitucionalidade português, Alves Correia pontua que na “fiscalização da constitucionalidade de normas jurídicas, o sistema de controlo é *difuso na base e concentrado no topo*. *Difuso na base*, porque todos os juízes têm o poder-dever de fiscalizar a constitucionalidade das normas jurídicas convocáveis pelos casos que tiverem de decidir (...). *Concentrado no topo*, porque a ‘palavra final’ em matéria de constitucionalidade cabe (*rectius*, pode vir a caber) ao Tribunal Constitucional”. CORREIA, Fernando Alves. *Direito...*, cit., 2001, p. 52.

<sup>798</sup> MOREIRA, Vital. *O Tribunal...*, cit., 2004, p. 67.

<sup>799</sup> Para Vital Moreira, “O princípio da constitucionalidade não diz respeito apenas às acções do Estado; abrange também as omissões ou inacções do Estado. A Constituição é também um conjunto de normas positivas que exigem do Estado e de seus órgãos uma actividade, uma acção. O incumprimento dessas normas, por inércia do Estado, ou seja, por falta total de medidas (legislativas ou outras) ou pela sua

inconstitucionalidade por omissão têm como efeito prático apenas a certificação da omissão e a comunicação da decisão, para conhecimento, ao órgão legislativo competente.<sup>800</sup> A figura da inconstitucionalidade por omissão, segundo a doutrina portuguesa, “é mais simbólica que efetiva”<sup>801802</sup>, devido ao insucesso que tem se mostrado no combate aos silêncios inconstitucionais. Neste contexto, Jorge Pereira da Silva afirma que além de curta, a história da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão em Portugal não é muito rica, pois o instituto criado pela Carta de 1976 (processo de verificação de inconstitucionalidade por omissão) “nunca atingiu o desenvolvimento desejado, sendo escasso o seu tratamento doutrinário e pobre a jurisprudência produzida”.<sup>803</sup>

O reconhecimento da possibilidade de não cumprimento da Constituição em virtude de um silêncio inconstitucional assenta, segundo a doutrina de Canotilho, “no pressuposto da superioridade formal e material da constituição relativamente à lei”<sup>804</sup>, pois a lei inconstitucional impõe-se como “determinante heterônima superior e como parâmetro da constitucionalidade”<sup>805</sup> não apenas quando o legislador atua contrariando os princípios e regras da constituição, mas também quando, podendo agir, permanece inerte, impedindo com seu silêncio a concretização da lei fundamental. Os silêncios inconstitucionais passíveis de controle, portanto, são “omissões de actos legislativos que não complementam tempestivamente normas constitucionais não exequíveis por si próprias”.<sup>806</sup>

Pois bem, embora os sistemas de fiscalização de constitucionalidade brasileiro e português apresentem várias semelhanças entre si, também é perceptível algumas importantes distinções. A primeira delas diz respeito à legitimidade ativa para a propositura de ação de inconstitucionalidade, que, diga-se, é um pouco mais restrita na Carta portuguesa. Com efeito, enquanto no Brasil o rol dos legitimados inclui, a teor do art. 103

---

insuficiência, deficiência ou inadequação, traduz-se igualmente numa infração da Constituição: inconstitucionalidade por omissão”. MOREIRA, Vital. *O Tribunal...*, cit., 2004, p. 72.

<sup>800</sup> MOREIRA, Vital. *O Tribunal...*, cit., 2004, p. 67.

<sup>801</sup> OTERO, Paulo. *A Fiscalização...*, cit., 2005, pp. 121-130.

<sup>802</sup> Segundo Moreira, “o mecanismo constitucional de controle da inconstitucionalidade por omissão (art. 283º) está longe de ser eficaz, por limitações constitucionais e por outras decorrentes da própria natureza peculiar da inconstitucionalidade por omissão. O Tribunal Constitucional só pode ser chamado a verificar a omissão de medidas legislativas e não de outras, e não pode fazer mais do que verificar e declarar que a omissão existe, não podendo nem pronunciar-se sobre o modo de suprir a deficiência nem muito menos substituir-se aos órgãos legislativos competentes”. MOREIRA, Vital. *O Tribunal...*, cit., 2004, p. 72.

<sup>803</sup> SILVA, Jorge Pereira da. *Dever...*, cit., 2003, p. 146.

<sup>804</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 919.

<sup>805</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 919.

<sup>806</sup> MORAIS, C. Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. Coimbra Editora, 2005, p. 456.

da Constituição de 1988, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, no direito português<sup>807</sup> essa legitimidade é atribuída apenas ao presidente da República, ao Primeiro Ministro, ao Provedor de Justiça, ao Procurador-Geral da República e a um décimo dos deputados da Assembleia da República.<sup>808</sup>

Outra distinção entre os sistemas se relaciona ao alcance e os efeitos da declaração de inconstitucionalidade por omissão. Nessa perspectiva, dispõe o § 2º do art. 103 da Constituição brasileira que “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”; já o art. 283º, n. 2, da Constituição portuguesa prescreve que “Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente”<sup>809</sup>. Na verdade, a análise conjunta desses dispositivos permite visualizar duas diferenças. A primeira reside no fato de a Constituição portuguesa não fazer referência expressa à omissão inconstitucional adveniente do não exercício da função administrativa; a segunda, conexas à primeira, é a fixação, pela Carta brasileira, de prazo de trinta dias para que a omissão seja sanada pelo órgão administrativo. A Constituição portuguesa, em síntese, apenas se reporta à omissão e conseqüente comunicação ao órgão legislativo, sem fixação de prazo, para adoção das providências pertinentes.

---

<sup>807</sup> Jorge Pereira da Silva faz crítica em relação à legitimação ativa para a propositura de ação de inconstitucionalidade por omissão, entendendo-a bastante tímida quando comparada àquela prevista no art. 281, nº 2, da Carta portuguesa. SILVA, Jorge Pereira da. *Dever...*, cit., 2003, p. 146.

<sup>808</sup> Segundo dispõe o art. 281º, 2, letra “g” da Constituição Portuguesa, também possuem competência para a propositura de ação de inconstitucionalidade “Os Representantes da República, as Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes dos Governos Regionais ou um décimo dos deputados à respectiva Assembleia Legislativa, quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das regiões autónomas ou o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do respectivo estatuto”.

<sup>809</sup> Jorge Pereira da Silva acentua que a decisão do Tribunal Constitucional em sede de ação de inconstitucionalidade por omissão, mesmo após a revisão constitucional de 1982, continua inócua, pois o órgão de fiscalização se limita a exercer “uma tarefa verificativa e de comunicação, sem poder preencher ou impor ao legislador o preenchimento do vazio legislativo detectado e sem poder pronunciar-se sobre o modo como a omissão será preenchida”. SILVA, Jorge Pereira da. *Dever...*, cit., 2003, p. 149.

Em Portugal, somente as declarações de inconstitucionalidade proferidas em processos de fiscalização abstracta sucessiva têm força obrigatória geral<sup>810</sup>; no Brasil, diferentemente, existe uma hipótese de o controle difuso travestir-se, quanto aos efeitos, em controle concentrado, pois a Constituição brasileira de 1988 estabelece em seu art. 52, X, que compete privativamente ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”. Conforme já analisado neste capítulo, a suspensão efetuada pelo Senado Federal, de natureza discricionária, se dá por meio de resolução, conforme estabelece o art. 59, VII, da Lei Maior. A resolução do Senado Federal tem por objeto, portanto, estender a eficácia da decisão que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade de referida norma (que antes alcançava apenas as partes do processo), para todas as pessoas que, de uma forma ou de outra, possam ser alcançadas pelo ato normativo cuja existência declarou-se incompatível com a Lei Maior.<sup>811</sup>

Ainda no que concerne às omissões inconstitucionais, é possível visualizar outra significativa distinção: a inexistência, na Carta portuguesa, e existência, na Constituição brasileira de 1988, da garantia constitucional denominada *mandado de injunção*, já minuciosamente analisado nesta investigação, em tópico próprio.

Residualmente ao diferencial atinente aos instrumentos de matiz constitucional, há outra importante distinção entre os sistemas jurídicos brasileiro e português relativamente ao combate às omissões advenientes do não exercício do poder regulamentar: a existência, em Portugal, do mecanismo denominado *declaração de ilegalidade por omissão*, previsto no art. 77º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos – CPTA<sup>812</sup>, que “permite reagir contra a omissão ilegal de normas administrativas cuja adopção ‘seja necessária para

---

<sup>810</sup> Segundo Rui Medeiros, “A declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral exerce na sociedade uma verdadeira função purgativa ao evitar de raiz que a norma inconstitucional estenda, de facto, os seus efeitos no tempo através de inúmeros actos de aplicação”. MEDEIROS, Rui. *A Decisão...*, cit., 1999, p. 97.

<sup>811</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *O controle...*, cit., 2006, pp. 04-08.

<sup>812</sup> CPTA, Artigo 77.º Declaração de ilegalidade por omissão

1 - O Ministério Público, as demais pessoas e entidades defensoras dos interesses referidos no n.º 2 do artigo 9.º e quem alegue um prejuízo directamente resultante da situação de omissão podem pedir ao tribunal administrativo competente que aprecie e verifique a existência de situações de ilegalidade por omissão das normas cuja adopção, ao abrigo de disposições de direito administrativo, seja necessária para dar exequibilidade a actos legislativos carentes de regulamentação. 2 - Quando o tribunal verifique a existência de uma situação de ilegalidade por omissão, nos termos do número anterior, disso dará conhecimento à entidade competente, fixando prazo, não inferior a seis meses, para que a omissão seja suprida.

dar exequibilidade a actos legislativos carentes de regulamentação”<sup>813</sup>. Trata-se de interessante instrumento, desconhecido no Direito brasileiro, de “reação contra a inércia no exercício do poder regulamentar”.<sup>814</sup>

A declaração de ilegalidade por omissão prevista no art. 77º do CPTA, segundo Ana Raquel Gonçalves Moniz, foi inspirada no processo de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, previsto no art. 283º da Carta portuguesa de 1976, e acaba por reconhecer “a mutação de sentido operada relativamente ao papel dos regulamentos no quadro das fontes de direito”<sup>815</sup>, evidenciando, pois, a importante função desempenhada pelas normas regulamentares “no contexto de uma íntima cumplicidade entre estas e os actos legislativos”.<sup>816</sup>

Diferentemente do dispositivo constitucional que prevê o processo de verificação de inconstitucionalidade por omissão (art. 283º da Constituição portuguesa), o art. 77º, nº 2, do CPTA não se limita a conferir ao tribunal o poder de dar conhecimento da omissão ao órgão competente; vai “mais longe, atribuindo-lhe também o poder de fixar o prazo, não inferior a seis meses, dentro do qual a omissão deverá ser suprida”.<sup>817</sup>

A legitimidade ativa para a propositura da ação que visa à declaração de ilegalidade por omissão, a teor do art. 77º, inclui o Ministério Público que, vale dizer, detém legitimidade ilimitada para impugnar as omissões ilegais da Administração no exercício do poder regulamentar. Além do órgão ministerial, possuem legitimidade para a propositura da ação as “demais pessoas e entidades defensoras dos interesses referidos no nº 2 do artigo 9º”<sup>818</sup>. Para além disso, o art. 77º, nº 1, ainda faz menção, como legitimado ativo, a quem alegue “um prejuízo directamente resultante da situação de omissão”, alargando sensivelmente, desta forma, o rol de legitimados para impugnarem a ilegalidade por omissão.<sup>819</sup>

---

<sup>813</sup> ALMEIDA, Mário Aroso de. *Manual...*, cit., 2010, p. 110.

<sup>814</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O controlo...*, cit., 2006, p. 465.

<sup>815</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O controlo...*, cit., 2006, p. 465.

<sup>816</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O controlo...*, cit., 2006, p. 465.

<sup>817</sup> ALMEIDA, Mário Aroso de. *Manual...*, cit., 2010, p. 113.

<sup>818</sup> CPTA, Artigo 9.º Legitimidade activa (...) 2 - Independentemente de ter interesse pessoal na demanda, qualquer pessoa, bem como as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público têm legitimidade para propor e intervir, nos termos previstos na lei, em processos principais e cautelares destinados à defesa de valores e bens constitucionalmente protegidos, como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais.

<sup>819</sup> Em relação à legitimidade ativa, esclarece o Professor Vieira de Andrade que “Admite-se a acção popular

A criação da declaração de ilegalidade por omissão no direito português evidencia de forma inequívoca que o poder administrativo não se situa na esfera de disponibilidade da autoridade pública ou privada. Por outras palavras, quando há uma imposição legal no sentido de agir, não há discricionariedade da Administração para decidir sobre eventual conveniência e oportunidade<sup>820</sup>, notadamente quando está em jogo a efetivação de direitos fundamentais.<sup>821</sup>

Sobre os efeitos da decisão judicial que declara a ilegalidade por omissão, conquanto a dicção do dispositivo legal acene para um efeito meramente declaratório, a doutrina portuguesa majoritária caminha no sentido de reconhecer que tal pronúncia possui natureza condenatória (ou, para alguns, pelo menos em parte condenatória), porquanto se tem reconhecido o dever de expedir a norma faltante, estabelecendo-se prazo para tanto, dentro do qual a inatividade ilegal deve ser sanada<sup>822</sup>. Há casos, entretanto, que a inviabilidade da normatização requerida redundará em condenação por perdas e danos.<sup>823</sup>

---

e pública, relativamente aos interesses comunitários referidos no artigo 9º, bem como a legitimidade de quem alegue um *prejuízo directamente* resultante da situação de omissão – um conceito de legitimidade bastante vasto, como é típico das acções relativas a normas, mas que aqui parece ser um pouco mais exigente: o prejuízo tem de ser *directo e actual*.” ANDRADE, J. C. Vieira de. *A Justiça...*, cit., 2009, p. 250.

<sup>820</sup> Para Ana Raquel Gonçalves Moniz, “A previsão deste meio processual leva a concluir não só que o poder regulamentar não configura, sem surpresa, um poder livre da Administração (totalmente desvinculado quanto ao *an*, quanto ao *quando* e quanto ao *conteúdo*), mas ainda que a emissão de regulamentos não releva apenas no que à prossecução dos interesses públicos concerne, mas cumpre igualmente uma função de realização de direitos e interesses individuais, sobretudo quando estejam em causa direitos fundamentais”. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O controlo...*, cit., 2006, p. 465.

<sup>821</sup> A professora Ana Raquel Gonçalves Moniz faz apropriada ligação entre a declaração de ilegalidade por omissão e a proteção de direitos fundamentais: “A concepção segundo a qual a declaração de ilegalidade por omissão serve também a proteção de direitos individuais (*maxime*, direitos fundamentais) poderá edificar a construção de um ‘direito formal à emissão de normas jurídicas administrativas’, de acordo com o qual os particulares gozam de um direito à edição de normas regulamentares, normas essas que não constituam tão-só o elemento indispensável à operatividade da lei, mas cuja ausência represente também um obstáculo à realização de direitos subjectivos dos particulares, tendo em conta que estes se assumem hoje não como objetos do poder, mas como interlocutores privilegiados num diálogo participado com o poder público, que defende os seus direitos e não apenas necessariamente o interesse geral.” MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O controlo...*, cit., 2006, p. 467.

<sup>822</sup> ANDRADE, J. C. Vieira de. *A Justiça...*, cit., 2006; ALMEIDA, Mário Aroso de. *Manual...*, cit., 2010; SILVA, Vasco Pereira da. *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, Coimbra: Almedina, 2009.

<sup>823</sup> Declaração de ilegalidade por omissão de normas regulamentares. Se logo no processo declarativo de ilegalidade por omissão de normas regulamentares se antevê que, por impossibilidade ou excepcional onerosidade para o interesse público, não irá ser dada execução, através de restauração natural, a uma decisão favorável ao autor, justifica-se que se passe directamente à condenação em indemnização. É necessário que a imposição da norma regulamentar exista num momento anterior à acção, e que a eliminação da lei que impõe a emissão do regulamento, facto que gera a impossibilidade, seja superveniente ao momento da propositura da acção declarativa. Direito de indemnização. No caso, tendo o Sindicato dos Trabalhadores da Função Pública do Sul e Açores proposto acção em representação dos seus associados, pode providenciar para que lhes sejam pagas as quantias a que têm direito em virtude da omissão de regulamentação sobre a situação profissional, e sem prejuízo da possibilidade dos associados exercerem os seus direitos indemnizatórios

## 2.8.2. O modelo francês

A tradição republicana francesa sempre foi hostil ao controle de constitucionalidade<sup>824</sup>, devido a ideia de “separação dos poderes e a consequente inoportunidade de qualquer interferência do Poder Judiciário na atividade legislativa das assembleias populares”<sup>825</sup>. Com efeito, na França apenas a partir da entrada em vigor da Constituição de 1958 foi possível identificar a existência de um controle de constitucionalidade das leis, então de natureza exclusivamente preventiva<sup>826</sup>, pois antes disso não se admitia que uma lei, cuja feitura decorre da soberania parlamentar, fosse afastada por um juiz no julgamento de um caso concreto<sup>827</sup>. Modificando a situação até então vigente, a Carta Constitucional de 1958 instituiu pela primeira vez uma jurisdição constitucional<sup>828</sup> com a criação do *Conseil Constitutionnel*<sup>829</sup>, que provocou profundas

---

individualmente caso entendam que não ficaram suficientemente assegurados no processo em que a associação sindical interveio em sua representação. Votos vencidos. (STA, Processo 0913/08, Acórdão de 25 de março de 2010, Rel. Jorge de Sousa, Jusjournal 1004, 07.05.2010)

<sup>824</sup> Conforme TURPIN, Dominique. *Droit constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992, p. 148.

<sup>825</sup> Conforme CAPPELLETTI, Mauro. *O controle...*, cit., 1992, p. 31.

<sup>826</sup> MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. *Droit...*, cit., 2004, p. 734.

<sup>827</sup> Segundo a doutrina de Maria Benedita Urbano, “a veneração e sacralização da lei conduziram a uma identificação entre lei e direito” no sistema francês, restando por isso um minguado espaço para a constituição enquanto fonte normativa. URBANO, Maria Benedita. *Curso de...*, cit., 2012, p. 51.

<sup>828</sup> Constituição francesa de 1958

Artigo 46º (...) As leis orgânicas podem ser promulgadas apenas após a declaração pelo Conselho Constitucional da sua conformidade com a Constituição.

Artigo 61º As leis orgânicas, antes da sua promulgação, as propostas de lei mencionadas no artigo 11 antes de serem submetidas ao referendo e os regulamentos das assembleias parlamentares, antes da sua aplicação, devem ser submetidos ao Conselho Constitucional, que se pronuncia sobre a sua conformidade com a Constituição. Com os mesmos fins, as leis podem ser submetidas ao Conselho Constitucional, antes da sua promulgação, pelo Presidente da República, Primeiro-Ministro, presidente da Assembleia Nacional, Presidente do Senado ou por sessenta deputados ou sessenta senadores. Nos casos previstos nos dois parágrafos precedentes, o Conselho constitucional deve deliberar no prazo de um mês. No entanto, a pedido do Governo, se há urgência, este prazo é reduzido para oito dias. Nesses casos, o encaminhamento para o Conselho Constitucional suspende o prazo para a promulgação.

Artigo 61º-1 Quando, no âmbito de um processo pendente perante um órgão jurisdicional, é argumentado que uma disposição legislativa ameaça direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o Conselho Constitucional pode ser convocado para analisar o 2º caso por meio de citação do Conselho de Estado ou do Supremo Tribunal, que se pronuncia em um prazo determinado. Uma lei orgânica determina as condições de aplicação do presente artigo.

Artigo 62º - Uma disposição declarada inconstitucional com base no artigo 61º não pode ser promulgada ou executada. Uma disposição declarada inconstitucional com base no artigo 61º-1 é revogada a contar da publicação da decisão do Conselho Constitucional ou de uma data posterior fixada por esta decisão. O Conselho Constitucional determina as condições e limites nos quais os efeitos que a disposição produziu são susceptíveis de serem questionados. As decisões do Conselho Constitucional não são sujeitas a recurso. Impõem-se aos poderes públicos e todas as autoridades administrativas e jurisdicionais.

modificações no sistema jurídico francês.<sup>830</sup>

Não obstante, o novo modelo encontrou algumas dificuldades iniciais, dado o apego histórico dos franceses à lei. Neste sentido é a lição de Rivero, ao explicar que a Carta francesa de 1958, ao retirar do parlamento parcela de soberania e reduzir a *onipotência* da lei, passou a criar as condições políticas para um controle de constitucionalidade, mas ainda com uma timidez que testemunhava o prestígio conservado com o dogma tradicional da supremacia da lei, fato que deixava no ar alguma dúvida sobre a eficácia do sistema recém implantado.<sup>831</sup>

Dos dispositivos constitucionais que tratam da jurisdição constitucional, o controle de constitucionalidade das leis na França decorre principalmente do art. 46 da Carta de 1958, parte final, o qual estabelece que as leis orgânicas somente podem ser promulgadas depois que o Conselho Constitucional declarar a compatibilidade destas com a Constituição. Portanto, inicialmente foi concebido na França apenas um controle prévio<sup>832</sup> e de natureza política. Não obstante, a reforma constitucional de 23 de julho de 2008 autorizou o Conselho Constitucional a realizar um controle *repressivo* de constitucionalidade<sup>833834</sup>, sempre que a ele for submetido, dentro de certas condições, o exame de uma questão prioritária de constitucionalidade (*Question Prioritaire de Constitutionnalité – QPC*), por meio da qual o órgão político de defesa da Constituição fiscaliza a adequação de leis em vigor, quando a incompatibilidade com o texto constitucional tiver sido suscitada por qualquer das partes em processo judicial ou

---

<sup>829</sup>A criação do Conselho Constitucional, segundo a doutrina de Dominique Rousseau, “derivou da união de duas vontades: uma vontade positiva, que era conter o Parlamento, e outra negativa, que consistia em evitar a adoção de um autêntico controle de constitucionalidade”. ROUSSEAU, Dominique. *Droit du contentieux constitutionnel*. 5 ed., Paris: Montchrestien, 1999, p. 24 e ss.

<sup>830</sup>MOLFESSIS, Nicolas. *L’irrigation du droit par les décisions du Conseil Constitutionnel*. Pouvoirs 2003/2 (nº 105), p. 93.

<sup>831</sup>RIVERO, Jean. *Le Conseil Constitutionnel et les libertés*. 2ª ed., Paris: Economica, 1987, p. 11.

<sup>832</sup>PACTET, Pierre; MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. *Droit Constitutionnel*. 23ª ed. Paris: Éditions Dalloz, 2004, p. 503.

<sup>833</sup>A reforma de 23 de julho de 2008 foi regulada posteriormente pela Lei Orgânica nº 2009-403, de 15 de abril, que somente entrou em vigor em 1º de março de 2010, pois o novo dispositivo inserido pela reforma (art. 61º, 1) foi regulamentado por meio da Lei Orgânica nº 2009-1523, de 10 de dezembro de 2009, que estipulou a data de 1º de março para a entrada em vigor da nova competência do Conselho Constitucional.

<sup>834</sup>Registre-se, todavia, que já a partir da decisão nº 85-187, de 25 de janeiro de 1985, o Conselho Constitucional passou a admitir o controle de constitucionalidade de caráter repressivo, isto é, com o propósito de aferir a compatibilidade de uma lei já em vigor com os princípios e regras da constituição.



administrativo.<sup>835</sup>

O procedimento relativo à *Question Prioritaire de Constitutionnalité* pode ser sintetizado da seguinte forma: no âmbito de um caso concreto o litigante pode alegar, incidentalmente, isto é, como causa de pedir da demanda, que alguma norma legal ou regulamentar viola princípios e regras de nível constitucional (trata-se do bloco de constitucionalidade, que será explicitado a seguir); na sequência, o juiz da causa examina o incidente e, se assim entender, encaminha-o ao *Conseil d'Etat*, se for um conflito sujeito à Justiça Administrativa, ou à *Cour de Cassation*, no caso de processo de natureza jurisdicional. Tanto o *Conseil d'Etat* quanto a *Cour de Cassation* (que são órgãos de cúpula, respectivamente, da Justiça Administrativa e do Poder Judiciário) realizam um novo juízo de admissibilidade e, sendo o caso, remetem o processo ao *Conseil Constitutionnel*, para pronunciamento sobre a inconstitucionalidade arguida.

Em síntese, atualmente o Conselho Constitucional realiza controle prévio de constitucionalidade que, saliente-se, já era possível desde a entrada em vigor da Carta de 1958 e, após a emenda de 2008, também exerce controle de natureza repressiva (ou sucessiva), com vistas a retirar a lei do ordenamento jurídico, caso esta se incompatibilize com a constituição.

Reforce-se que o controle de constitucionalidade na França é exclusividade do *Conseil Constitutionnel*, órgão de natureza política criado pela Constituição francesa de 1958, cujo papel principal é garantir o respeito à Constituição e aos direitos e liberdades assegurados constitucionalmente<sup>836</sup>. O Conselho é composto de nove membros, que exercerão mandato de nove anos, não sendo permitida a recondução. A cada três anos o Conselho Constitucional é renovado na sua terça parte. Dos seus nove membros, três são nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembleia Nacional e três

---

<sup>835</sup> Conforme lição de Favoreu, com a criação no sistema francês da *Question Prioritaire de Constitutionnalité* – *QPC*, “o domínio da lei perde espaço para o princípio da constitucionalidade, pois a legalidade passa a ser um simples componente da constitucionalidade, mudando a direção do constitucionalismo francês”. FAVOREU, Louis. *Les Cours Constitutionnelles*. 3ª ed., Paris: PUF, 1996, p. 73.

<sup>836</sup> Importante mencionar que embora o exame acerca da constitucionalidade de lei seja uma competência exclusiva do Conselho Constitucional, tal prerrogativa não impede o exercício pelos juízes do chamado ‘controle de convencionalidade’ da norma. Por outros termos, tanto os membros do poder Judiciário quanto os da Justiça Administrativa possuem competência para analisar a compatibilidade da lei com os tratados e convenções internacionais, além, também, dos regulamentos administrativos editados no âmbito da união Europeia. CONSTANTINESCO, V., PIERRÉ-CAPS, S. *Droit constitutionnel*. Coll. «Thémis», Paris: PUF, 2011.

pelo Presidente do Senado. Além destes nove membros, também compõem o Conselho Constitucional, os ex-Presidentes da República, como membros vitalícios de pleno direito.<sup>837</sup>

Inicialmente o Conselho Constitucional foi concebido para exercer uma função muito mais política que propriamente jurídica, pois fora idealizado como órgão auxiliar do Governo, encarregado de fiscalizar as competências legislativas estabelecidas na Constituição, bem como regular o exercício do poder regulamentar da Administração Pública.<sup>838</sup> Em relação a seus membros, frise-se que não é exigida idade mínima e nem mesmo formação jurídica (ou outra qualquer) para integrar o Conselho Constitucional. Não obstante, a função de conselheiro não é compatível com a de membro de governo ou do Conselho Econômico e Social e, para além disso, também com qualquer mandato eleitoral. Segundo Favoreu, as incompatibilidades profissionais dos membros do *Conseil* são idênticas às dos parlamentares. Por fim, os conselheiros, durante o exercício de suas funções, não podem ser nomeados para outro cargo público, além de não poderem receber promoções, quando investidos em função pública.<sup>839</sup>

O sistema francês de controle de constitucionalidade é bastante original, pois não se aproxima do modelo americano, por não admitir que um juiz exerça o controle difuso, nem se assemelha ao europeu.<sup>840</sup> Uma peculiaridade do sistema francês de controle de constitucionalidade que chama a atenção é a inexistência de um paradigma constitucional único para fins de fiscalização. Por outras palavras, eventual juízo de inconstitucionalidade não leva em consideração apenas as regras e princípios da Constituição de 1958, mas um *bloco de constitucionalidade*<sup>841842843</sup>, isto é, um conjunto de *regras e princípios de valor*

---

<sup>837</sup> PACTET, Pierre; MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. *Droit...*, cit., 2004, p. 503.

<sup>838</sup> FAVOREU, Louis. *Les Cours...*, cit., 1996, p. 12.

<sup>839</sup> FAVOREU, Louis. *Les Cours...*, cit., 1996, p. 12 e ss.

<sup>840</sup> ZOLLER, Elisabeth. *Droit constitutionnel*. 2ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1998, p. 31.

<sup>841</sup> ZOLLER, Elisabeth. *Droit...*, cit., 1998, p. 31; TURPIN, Dominique. *Droit...*, cit., 1992, p. 120 e ss.; MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. *Droit...*, cit., 2004, p. 705 e ss.

<sup>842</sup> Para Roussillon, a expressão bloco de constitucionalidade não é imune a críticas, tendo em conta que o vocábulo *bloco* sugere homogeneidade e imutabilidade. ROUSSILLON, Henry. *Le Conseil Constitutionnel*. 3 ed. Paris: Dalloz, 1996, p. 72.

<sup>843</sup> A origem da expressão “*bloc de constitutionnalité*”, segundo Favoreu, está relacionada à doutrina de Maurice Hauriou, que no âmbito do direito administrativo se referia à existência de um “*bloc de legalité*”, o qual designava o conjunto de regras e princípios aos quais se vinculava a Administração Pública. FAVOREU, Louis. *El bloque de constitucionalidad*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 04, Enero/marzo, 1990, pp. 45-68.

*constitucional*<sup>844845</sup>, que envolve a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, os princípios contidos no preâmbulo da Constituição de 1958, os princípios contidos no preâmbulo da Constituição de 1946, a Carta do Meio Ambiente de 2003 e os princípios reconhecidos pela jurisprudência do Conselho Constitucional, além, óbvio, do próprio texto da Carta de 1958.<sup>846</sup>

O bloco de constitucionalidade é uma noção jurisprudencial<sup>847</sup>, posto que o Conselho Constitucional não a utiliza em suas decisões. Segundo Favoreu, o *Conseil* se refere, em seus julgamentos, simplesmente aos “princípios e regras de valor constitucional”<sup>848</sup> que, conforme é possível notar, possuem uma natureza dinâmica<sup>849850</sup>, transformando o Conselho Constitucional em “um ator – adicional – na elaboração das leis”<sup>851</sup> e permitindo com isso a necessária “oxigenação do sistema normativo”.<sup>852</sup>

Talqualmente ocorre no Brasil, é possível a *modulação de efeitos* da decisão emanada do Conselho Constitucional em sede de controle de constitucionalidade, pois o *Conseil* poderá determinar que os efeitos da decisão sejam sentidos a partir de sua

---

<sup>844</sup> MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. *Droit...*, cit., 2004, p. 724 e ss.

<sup>845</sup> Favoreu define o bloco de constitucionalidade como sendo “o conjunto de normas situadas em nível constitucional, cujo respeito se impõe às leis”. FAVOREU, Louis. *El bloque...*, cit., 1990, pp. 45-68.

<sup>846</sup> Como a noção de bloco de constitucionalidade é jurisprudencial e possui natureza dinâmica, não há uma coincidência absoluta entre os doutrinadores sobre quais são os elementos integrantes de tal bloco. Segundo Favoreu, o bloco de constitucionalidade contém como elementos essenciais a Constituição de 1958, a Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789, o preâmbulo da Constituição francesa de 1946 e outras normas, como os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República. FAVOREU, Louis. *El bloque...*, cit., 1990, pp. 45-68.

<sup>847</sup> Cabe mencionar que a Corte Constitucional brasileira, o STF, também já fez referência à existência de um bloco de constitucionalidade, conforme se verifica no pequeno trecho do voto do Min. Celso de Melo: “(...) cabe ter presente que a construção do significado de Constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado”. (ADIn 595/ES, rel. Min. Celso de Melo, 18.02.2002).

<sup>848</sup> FAVOREU, Louis. *El bloque...*, cit., 1990, pp. 45-68.

<sup>849</sup> Conforme MOLFESSIS, Nicolas. *L'irrigation du droit par les décisions du Conseil Constitutionnel*. Pouvoirs 2003/2 (nº 105), pp. 89-101.

<sup>850</sup> Importante o apontamento de Dominique Rousseau, para quem “as possibilidades de extensão do bloco de constitucionalidade são quase ilimitadas, pois o Conselho Constitucional, usando seu poder de interpretação, recria constantemente a Constituição”, com o reconhecimento de novos direitos e liberdades. ROUSSEAU, Dominique. *Une Réurrection: la notion de Constitution*. Revue du Droit Public, nº 01, Janvier/Février, 1990, p. 16.

<sup>851</sup> MOLFESSIS, Nicolas. *L'irrigation...*, cit., 2003, pp. 89-101.

<sup>852</sup> MOLFESSIS, Nicolas. *L'irrigation...*, cit., 2003, pp. 89-101.

publicação ou ainda a partir de uma data posterior estabelecida na própria decisão.<sup>853</sup>

No direito francês, assim como ocorre no direito espanhol, não há uma ação específica para combater as omissões do legislador, tal como acontece no Brasil e em Portugal, entre outros. Não obstante, o Conselho Constitucional e parte da doutrina consideram a omissão legislativa como uma violação da Constituição, sendo, portanto, passível de controle, principalmente as chamadas omissões parciais, haja vista que a obrigação de o Poder Legislativo editar as leis necessárias ao exercício de direitos é considerada um princípio constitucional.<sup>854</sup>

Além disso, o controle das omissões normativas na França é bem peculiar, porque, como visto, a fiscalização de constitucionalidade é feita principalmente de forma prévia. Em um sistema de controle preventivo, vale dizer, o perfil da fiscalização das omissões normativas é claramente diferente, já que a declaração de inconstitucionalidade não pode produzir um vazio normativo – a lei ainda não entrou em vigor –, nem cabe tampouco uma reparação unilateral, pois o legislador é quem deve corrigir a omissão inconstitucional.<sup>855</sup>

### 2.8.3. O modelo espanhol

A Constituição espanhola de 1978 instituiu um sistema concentrado de justiça constitucional, ao criar e definir as competências do Tribunal Constitucional - TC, órgão estranho ao Poder Judiciário, encarregado de zelar pela supremacia do texto constitucional.<sup>856</sup> Não obstante o papel de guardião da Constituição do TC, o art.163 da Carta espanhola dispõe que *“Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”*. Como se pode notar, embora o controle de constitucionalidade de normas esteja concentrado no âmbito do TC, tal não impede que todos os tribunais e membros do

---

<sup>853</sup> Constituição francesa de 1958, art. 62/2: “Uma disposição declarada inconstitucional com base no art. 61/1 é tornada sem efeito a partir da publicação da decisão do Conselho Constitucional ou de uma data posterior fixada na referida decisão”. Tradução do autor.

<sup>854</sup> HENRY-MANGUY, Brigitte. *L'obligation de légiférer en France: la sanction de l'omission législative par le Conseil Constitutionnel*, Diss. Toulouse 1, 2008.

<sup>855</sup> Conforme DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *El control...*, cit., 2001, pp. 81-130.

<sup>856</sup> RIDAURA MARTÍNEZ, Josefa. *El control de constitucionalidad de la actividad parlamentaria em España*. Revista Jurídica Thomson Reuters, Año II, nº 79, Julho, 2014, p. 23.

Poder Judiciário possam aplicar e interpretar a Constituição<sup>857</sup>, por meio de incidentes de inconstitucionalidade<sup>858</sup>. Não obstante, o monopólio para declarar inconstitucional uma lei e conseqüentemente estirpá-la do ordenamento jurídico, vale repetir, pertence ao Tribunal Constitucional.<sup>859</sup>

Além da previsão na Constituição de 1978, o controle de constitucionalidade de normas espanhol também encontra fundamento na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, de 1979, que apresentou como reforma mais importante no âmbito do controle de constitucionalidade a Lei Orgânica 4/1985, de 7 de junho, que, por sua vez, revogou o controle prévio de inconstitucionalidade, o qual, segundo a doutrina, “havia produzido inúmeras e graves distorções à vista que este era realizado durante a fase de elaboração da lei”.<sup>860</sup>

O Tribunal Constitucional espanhol, cujas decisões obrigam todos os poderes do Estado (art. 87.1 da LOTC), é integrado por doze magistrados, nomeados pelo Rei através de decreto, sendo quatro indicados pelo Congresso, quatro pelo Senado, dois pelo Governo e dois pelo Conselho Geral do Poder Judiciário, para um mandato de nove anos<sup>861</sup>. Diferentemente do que ocorre no sistema constitucional brasileiro, no qual o Supremo Tribunal Federal exerce a função de guardião da constituição em acúmulo com inúmeras outras competências atinentes à jurisdição ordinária, o Tribunal Constitucional espanhol é um órgão que não integra a estrutura do Poder Judiciário, cuja atribuição precípua é zelar pela primazia da Constituição espanhola<sup>862</sup>. São atribuições do Tribunal Constitucional espanhol, em síntese, a proteção dos direitos fundamentais, o controle de constitucionalidade das leis e a resolução dos conflitos de jurisdição.<sup>863</sup>

---

<sup>857</sup> Conforme GARCIA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de...*, cit., 2011, p. 109.

<sup>858</sup> PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 14ª edición, Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 742.

<sup>859</sup> RIDAURA MARTÍNEZ, Josefa. *El control...*, cit., 2014, p. 33.

<sup>860</sup> SOSPEDRA NAVAS, Francisco José. *Justicia...*, cit., 2011, pp. 61-62.

<sup>861</sup> SOSPEDRA NAVAS, Francisco José. *Justicia...*, cit., 2011, p. 65.

<sup>862</sup> José Luis Brey explica que “O Tribunal Constitucional espanhol adota claramente um papel de garante supremo da Constituição, haja vista que no modelo de justiça constitucional da Espanha referido Tribunal exerce não apenas um controle jurisdicional ao modo da clássica *judicial review* ou revisão judicial americana, mas também resolve os conflitos entre os órgãos superiores do Estado, os conflitos entre o Estado e as Comunidades Autônomas. Além disso, é o guardião e responsável por fazer cumprir os valores fundamentais previstos na constituição”. LUIS BREY, José, et al. *Derecho Constitucional de España – Sistema de la Constitución de 1978*, Madrid: Editorial Universitas, 2006, p. 479.

<sup>863</sup> SOSPEDRA NAVAS, Francisco José. *Justicia...*, cit., 2011, pp. 46 e ss.

O sistema espanhol possui dois mecanismos específicos de jurisdição constitucional: o primeiro é o Recurso de Inconstitucionalidade, que na verdade é uma ação direta, principal; o segundo é a chamada Questão de Inconstitucionalidade, que pode ser instaurada incidentalmente em qualquer tribunal, como causa de pedir no âmbito de um *caso concreto*. Tanto o Recurso de inconstitucionalidade quanto a Questão de Inconstitucionalidade são julgados pelo TC, a teor do disposto no art. 2.1.a da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional – LOTC, e importam num controle *a posteriori* da constitucionalidade das normas.<sup>864</sup> Além dos dois mecanismos específicos de jurisdição constitucional mencionados, eventual inconstitucionalidade, sobretudo por omissão, ainda pode ser suscitada por meio dos Recursos de Amparo, que no direito espanhol estão relacionados à tutela dos direitos fundamentais.<sup>865</sup>

Diferentemente do que ocorre nas Constituições do Brasil e de Portugal, e à semelhança da ordem jurídica francesa, não há na Constituição espanhola de 1978 dispositivo específico para se combater o silêncio legislativo. Não obstante, nem por isso as omissões normativas passam impunes na ordem jurídica espanhola, porquanto se admite naquele modelo a utilização dos três mecanismos já mencionados. Repita-se: o Recurso de Inconstitucionalidade (art. 101.1, CE), a Questão de Inconstitucionalidade (art. 163, CE) e principalmente o Recurso de Amparo (art. 161.1, CE).

Dentre os três instrumentos utilizados pela jurisdição constitucional espanhola antes mencionados, o Recurso de Inconstitucionalidade ou *recurso direto* é um mecanismo de controle de constitucionalidade posto à disposição de órgãos políticos despersonalizados, que tem por objetivo resolver um conflito político sobre a interpretação da Constituição<sup>866867</sup>. Trata-se de típica fiscalização abstrata de normas, que, por isso, dispensa os órgãos legitimados de comprovar interesse jurídico próprio, pois tais órgãos atuam como verdadeiros advogados da Constituição e no interesse desta.<sup>868</sup>

Por ser a omissão sempre um incumprimento voluntário da obrigação de legislar, o controle de constitucionalidade do silêncio normativo por via abstrata e direta é de difícil

---

<sup>864</sup> Conforme FIGUERUELO BURRIEZA, Angela. *La incidencia positiva del Tribunal Constitucional em el Poder Legislativo*. Revista de Estudios Políticos, nº 81, Julio-Septiembre, 1993, p. 51.

<sup>865</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, Angela. *La incidencia positiva del Tribunal Constitucional em el Poder Legislativo*. Revista de Estudios Políticos, nº 81. Julio-Septiembre, 1993, p. 66.

<sup>866</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de...*, cit., 2011, p. 179.

<sup>867</sup> LUIS BREY, José, et al. *Derecho...*, cit., 2006, pp. 497-509.

<sup>868</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de...*, cit., 2011, p. 179.

articulação prática<sup>869</sup>, assim reconhecido pelo próprio TC<sup>870</sup>. Nesse contexto, tem-se que atualmente o Recurso de Amparo, como já sinalizado, é o mecanismo mais utilizado, sobretudo por ser o mais eficiente, no combate às omissões normativas inconstitucionais no direito espanhol.<sup>871</sup>

Além do Recurso de Inconstitucionalidade, que possibilita exercer um controle abstrato de constitucionalidade, há ainda na ordem jurídica espanhola, como dito, um instrumento jurídico por meio do qual se realiza um controle por via *incidental*: a “Questão de Inconstitucionalidade”. Tal mecanismo pode ser utilizado por qualquer juiz ou tribunal, quando considere que uma norma que devesse ser utilizada como pano de fundo para a decisão de um caso concreto possa ser contrária à Constituição<sup>872</sup>. Nesse caso, o juiz ou tribunal competente, de ofício ou mediante requerimento da parte, submeterá a “Questão de Inconstitucionalidade” ao Tribunal Constitucional.<sup>873</sup> Segundo o magistério de Enterría e Fernández, a “Questão de (In)constitucionalidade” possui os seguintes pressupostos: um processo judicial em aberto, de qualquer espécie, em qualquer grau e de qualquer jurisdição; que a decisão desse processo dependa de uma lei sobre a qual pairam dúvidas sobre a constitucionalidade; que a dúvida sobre a constitucionalidade da lei seja levantada pela parte, mediante requerimento, ou pelo juiz ou tribunal, ainda que de ofício; que a dúvida sobre a constitucionalidade da norma seja razoável e que o processo principal seja paralisado pelo tempo necessário para que seja resolvido o *incidente*<sup>874</sup>. Não obstante a jurisdição constitucional ostente o monopólio exclusivo sobre a declaração de inconstitucionalidade das leis e outros atos normativos, parece inequívoco que a jurisdição ordinária espanhola vem expandindo seu âmbito de atuação, ao submeter sucessivas questões de constitucionalidade à apreciação do Tribunal Constitucional.<sup>875</sup>

---

<sup>869</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, Angela. *La incidência...*, cit., 1993, p. 67.

<sup>870</sup> “(...) Las declaraciones de inconstitucionalidad por omisión representan un capítulo muy complejo del proceso constitucional, que requieren de un tratamiento prudente, ante el riesgo de rebasar em sus propios fundamentos la función de esta jurisdicción. Por de pronto, habría que distinguir entre omisiones suplibles por una declaración jurisprudencial em virtud de um mandato directo de la constitución y aquellas otras que no son susceptibles de esta operación sin invadir la autonomía del legislador (Sentencia nº 24/1982, de 13 de mayo de 1982, BOE núm. 137, de 9 de junho de 1982).

Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/resolucion/show/66> Acesso em 05.07.2016.

<sup>871</sup> LUIS BREY, José, et al. *Derecho...*, cit., 2006, p. 488.

<sup>872</sup> Conforme a doutrina de PÉREZ ROYO, Javier. *Curso...*, cit., 2014, p. 739 e ss.; RIDAURA MARTÍNEZ, Josefa. *El control...*, cit., 2014, p. 27 e ss., entre outros.

<sup>873</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de...*, cit., 2011, p. 180-181.

<sup>874</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de...*, cit., 2011, p. 179.

<sup>875</sup> SOSPEDRA NAVAS, Francisco José. *Justicia...*, cit., 2011, p. 124.

A sentença do Tribunal Constitucional, tanto no Recurso de Inconstitucionalidade quanto no recurso por via incidental possui o mesmo objetivo, que é precisamente eliminar a lei ou o ato normativo questionado do mundo jurídico<sup>876</sup>, produzindo efeitos para todos os destinatários da norma impugnada (*erga omnes*) e não apenas para as partes do processo principal, no caso específico da “Questão de Inconstitucionalidade”.<sup>877</sup> Embora em regra os efeitos da sentença que declara a inconstitucionalidade da norma sejam gerais (*erga omnes*) e retroativos (*ex tunc*), Enterría e Fernández ensinam que a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol permite a *modulação dos efeitos* da decisão de inconstitucionalidade, talqualmente ocorre no Brasil, sendo possível, portanto, que à decisão judicial sejam conferidos efeitos prospectivos.<sup>878879</sup>

Quando se fala em omissão normativa, contudo, o principal mecanismo posto à disposição pela ordem jurídica espanhola para o combate a esse tipo de conduta é o Recurso de Amparo. Por meio de tal medida, visa-se resguardar os direitos fundamentais violados por ação por omissão inconstitucional. O objetivo do *amparo* espanhol assemelha-se em alguma medida ao do mandado de injunção brasileiro, pois, guardadas as devidas proporções e considerando apenas as omissões legislativas, tal instrumento se destina a garantir efetividade aos direitos fundamentais. Trata-se de um remédio extraordinário e subsidiário, pois seu objeto está limitado à proteção dos direitos e liberdades suscetíveis de amparo, bem como sua interposição está condicionada ao esgotamento dos recursos estabelecidos ordinariamente para a impugnação da atividade – ou inatividade – presumivelmente lesiva aos direitos fundamentais.<sup>880</sup>

O Recurso de Amparo, portanto, funciona como uma *reserva especial de jurisdição constitucional*, pois é necessário que o recorrente tenha esgotado a via judicial, na qual deve ter sido invocado o direito constitucional supostamente violado, a fim de que os órgãos judiciais já tenham tido a possibilidade de pronunciarem-se sobre o tema<sup>881</sup>. O prazo para a interposição do amparo é de três meses, a contar da notificação da decisão recorrida; possuem legitimidade para a apresentação do Recurso de Amparo, conforme art.

---

<sup>876</sup> PÉREZ ROYO, Javier. *Curso...*, cit., 2014, p. 745.

<sup>877</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de...*, cit., 2011, p. 179.

<sup>878</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de...*, cit., 2011, p. 179.

<sup>879</sup> RIDAURA MARTÍNEZ, Josefa. *El control...*, cit., 2014, p. 35.

<sup>880</sup> SOSPEDRA NAVAS, Francisco José. *Justicia...*, cit., 2011, pp. 219-220.

<sup>881</sup> RIDAURA MARTÍNEZ, Josefa. *El control...*, cit., 2014, p. 27.



162.1.b da Constituição espanhola, todas as pessoas naturais ou jurídicas, além do Defensor do Povo e o Ministério Fiscal.

Ainda em relação ao recurso de amparo, o Tribunal Constitucional espanhol tem seguido reiterada jurisprudência sobre alguns aspectos formais e materiais, que podem ser assim sintetizados: o TC, pela via do amparo, não deve resolver o caso concreto; o amparo não é recurso de revisão do direito aplicado pelos juízes e tribunais; o TC não é uma terceira instância jurisdicional; o amparo é um processo específico e o Tribunal Constitucional não pode valorar a forma como os órgãos do Poder Judiciário interpretam e aplicam as leis<sup>882</sup>. Luis Brey enfatiza que talqualmente ocorre com o direito alemão, que se funda na noção de “conformidade com os direitos fundamentais” (*Grundrechtsimässigkeit*), o Recurso de Amparo corresponde à ideia de que todos os atos e omissões advenientes dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são suscetíveis de controle, diante da possibilidade de violação de um direito fundamental.<sup>883</sup>

O parâmetro para o controle de constitucionalidade de leis e regulamentos na Espanha, à semelhança do que ocorre na França, é o chamado *bloque de constitucionalidad*<sup>884</sup>, que é o *núcleo fundamental* do que é, do ponto de vista essencial, a Constituição *total* do Estado.<sup>885</sup> A heterogeneidade das normas que integram o *bloque de constitucionalidad* impede de inclui-las taxativamente no conceito de constituição, em seu sentido material, tendo em vista que o aludido bloco também é formado por normas apenas formalmente constitucionais.<sup>886</sup>

---

<sup>882</sup> LUIS BREY, José, et al. *Derecho...*, cit., 2006, p. 488.

<sup>883</sup> LUIS BREY, José, et al. *Derecho...*, cit., 2006, p. 485.

<sup>884</sup> O bloco de constitucionalidade espanhol tem expressa previsão no art. 28.1., da LOTC, que assim dispõe: “Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas.”

<sup>885</sup> RUBIO LLÓRENTE, Francisco. *El bloque de constitucionalidad*. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 9, nº 27. Septiembre-Diciembre, 1989, p. 24-25.

<sup>886</sup> Rubio Llórente informa que em sua parte mais importante, o bloco de constitucionalidade, além de normas materialmente constitucionais, é formado por outras apenas formalmente constitucionais. Uma, previstas no Título VIII da Constituição, são normas primárias; outras, que formam o corpo central do bloco, isto é, as normas de delimitação de competência contidas nos Estatutos de Autonomia, que são normas constitucionais secundárias. Junto às normas primárias e secundárias, o bloco de constitucionalidade compreende também uma considerável variedade de normas infraconstitucionais. Algumas previstas expressamente na própria constituição como normas de delimitação de competência ou de regulação do exercício de competências estatutárias concretas (arts. 149.1.29, 152.1 e 157.3 da CE); outras que materializam uma expressa habilitação ao legislador (art. 150 da CE, em especial); e, por fim, outras

A Constituição espanhola e a LOTC<sup>887</sup>, ao regularem o objeto do controle de constitucionalidade, fazem menção às “leis e disposições normativas com força de lei”<sup>888</sup> como passíveis de serem fiscalizadas concreta ou abstratamente, aí incluídos, segundo Fernández, as leis orgânicas e ordinárias, os decretos-lei, os estatutos de autonomia, os regulamentos administrativos<sup>889</sup>, os tratados internacionais, os regimentos das Câmaras Legislativas, bem como os atos normativos das Comunidades Autônomas.<sup>890</sup>

## 2.9. Conclusões preliminares e perspectivas

Pois bem, constatou-se nesta segunda parte da pesquisa que a omissão legislativa é tema espinhoso, vasto e complexo, além de atual, pois atinge, em menor ou maior medida, todos os sistemas jurídicos contemporâneos. A jurisdição constitucional, fundada na supremacia da Constituição e cujo principal papel é o controle de constitucionalidade das leis, via de regra consegue proteger razoavelmente bem a Constituição contra as condutas positivas do legislador ou do administrador público que se incompatibilizam formal ou materialmente com o texto constitucional; quando, ao contrário, a inconstitucionalidade deriva de *inatividade normativa qualificada* do poder público, compreendida como o *silêncio* que cria ou conserva situações jurídicas contrárias à constituição<sup>891</sup>, a resposta ofertada pelo Poder Judiciário não é satisfatória, sendo comum, ao menos no Brasil, a denegação de direitos individuais justificada pela deferência

---

incluídas no *bloque* por remissão de alguns Estatutos de Autonomia. RUBIO LLÓRENTE, Francisco. *El bloque...*, cit., 1989, pp. 24-29.

<sup>887</sup> Art. 161.1 da Constituição e arts. 27.2 e 32.1 LOTC.

<sup>888</sup> RIDAURA MARTÍNEZ, Josefa. *El control...*, cit., 2014, p. 30.

<sup>889</sup> O TC espanhol já se pronunciou sobre a possibilidade de arguição da inconstitucionalidade de normas de caráter regulamentar. Vejamos um trecho dos fundamentos jurídicos usados pelo tc num dos julgamentos sobre este tema: “(...) hemos de partir de que los reglamentos de las cámaras se encuentran directamente incardinados a la constitución (arts. 72, 79 y 80, entre otros), siendo el contenido propio de tales normas el de regular, con sujeción a la constitución, su propia organización y funcionamiento, en el que ha de incluirse lógicamente la constitución del órgano como tal. de aquí que desde una perspectiva constitucional, a la que ha de ceñirse exclusivamente el enjuiciamiento del tribunal, no pueda negarse que los reglamentos de las cámaras, dada la función que cumplen en el sistema jurídico, son normas en cuyo contenido puede comprenderse la exteriorización del deber positivo de acatamiento contenido en la constitución, para los titulares de los poderes públicos, sin perjuicio de que tal requisito pueda también exteriorizarse, con carácter más general, en una ley.” (STC Nº 101/83, de 18 de noviembre. Boe núm. 298 de 14 de diciembre de 1983). Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/resolucion/show/229> Acesso em 05.07.2016.

<sup>890</sup> TRUJILLO FERNÁNDEZ, Gumersindo. *Recurso de Inconstitucionalidad*. In Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid: Civitas, 1994, p. 38.

<sup>891</sup> Conforme VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. *La inconstitucionalidad...*, cit., 1997, p. 51.

genérica e por vezes irrazoável à separação de poderes. Parece inequívoco, no entanto, que o argumento fundado no princípio da separação de poderes deve ceder espaço sempre que de qualquer forma servir de obstáculo ao exercício dos direitos fundamentais<sup>892</sup>, sob pena de colocar-se em risco o próprio estado constitucional.

A inatividade normativa qualificada, como visto, não pode ser confundida com a simples inércia do legislador relativamente à sua atribuição constitucional de legislar, vista de forma genérica como o dever geral de legislar; ao contrário, a inatividade normativa qualificada é aquela que deriva da “violação de um dever específico de agir”<sup>893</sup> Trata-se, pois, de um comportamento passivo quando a ordem jurídica está a exigir um comportamento ativo; daí sua ilicitude e conseqüentemente a necessidade de controle<sup>894</sup>. Adequando tal ideia ao problema que será enfrentado nesta pesquisa, que se relaciona à omissão da Administração Pública relativamente ao dever de editar regulamentos administrativos, pode-se afirmar que a omissão normativa, em sentido *lato*, se materializa por meio do incumprimento de um dever jurídico específico, de natureza normativa, imposto pela Constituição ou por normas infraconstitucionais, de produzir uma lei ou, conforme assinalado, expedir um regulamento. Portanto, não apenas a inércia do Poder Legislativo ganha relevo nesta pesquisa, mas também – e principalmente – a omissão normativa adveniente da Administração, que ocorre quando esta descumpre o dever jurídico específico de editar regulamentos administrativos.

A inatividade normativa qualificada, para além das conseqüências de ordem pessoal que pode acarretar, também é prejudicial ao próprio Estado Constitucional, eis que provoca, por linhas tortas, uma anormal mutação da constituição. Dentre as mutações anormais visualizadas pela doutrina, as omissões legislativas talvez sejam as mais expressivas, pois evidenciam a já rotineira inércia estatal em relação ao dever jurídico-político de elaborar os atos normativos necessários à complementação da carta política.

---

<sup>892</sup> Segundo Paulo Bonavides, “A Constituição é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania. A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação de poderes”. BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. Estudos Avançados, vol.18, nº 51, São Paulo, May/Aug., 2004. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci_arttext) Acesso em: 08.05.2015.

<sup>893</sup> CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime...*, cit., 2008, p. 339.

<sup>894</sup> A propósito, o controle jurídico do silêncio legislativo só pode acontecer quando a Constituição nega ao legislador sua autonomia democrática, sua discricionariedade, “convertendo-o em mero executor” da vontade constitucional. VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La inconstitucionalid...*, cit., 1997, p. 6.

Apesar de grave, o descumprimento de normas constitucionais ou legais por meio do silêncio estatal tem sido uma triste e constrangedora rotina na realidade jurídica brasileira, fato que só corrobora a relevância e atualidade do tema pesquisado.

No Brasil, os instrumentos de combate à omissão normativa (ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção), apesar de alguma evolução jurisprudencial e da nova perspectiva criada pela entrada em vigor da Lei nº 13.300/2016<sup>895</sup>, não têm se mostrado eficazes para o objetivo pretendido pelo legislador constituinte, sobretudo por um *respeito* tanto quanto incoerente ao princípio da separação dos poderes aliado a um flagrante *desrespeito* aos direitos fundamentais do cidadão.

Não obstante, também a atuação mais ousada do Poder Judiciário (ativismo judicial) principalmente por meio das sentenças aditivas, muitas vezes fornece uma falsa sensação de efetividade, embora a solução encontrada pelo Judiciário na maioria das vezes não se coadune com aquilo que foi idealizado pelo legislador constituinte. Outras soluções, portanto, devem ser encontradas e apresentadas, como a hipótese, bastante verossímil, de reparação civil por eventuais danos decorrentes do silêncio normativo estatal.

A omissão normativa que passa a nos interessar a partir de agora é aquela relacionada ao exercício da função administrativa, designadamente a não expedição de regulamentos administrativos necessários à fruição de direitos, situação em que inatividade estatal acaba por criar ou perpetuar situações contrárias à ordem jurídica, muitas vezes causando graves danos patrimoniais aos administrados, além de outros.

A análise que se pretende realizar sobre a não emissão de regulamentos necessários ao exercício de direitos e garantias tem como premissa a ideia de *vinculação* do legislador<sup>896</sup>, sustentada, entre tantos, por Canotilho, que induz a atuação permanente de todos os órgãos concretizadores dos direitos reconhecidos pela constituição ou pela lei, argumento que sinaliza não para um discricionarismo *puro e simples* do legislador ou do administrador público, mas, antes, para um autêntico *poder-dever* de operacionalizar a vontade constitucional e/ou legal, conforme será tratado em capítulo próprio. Em decorrência disso, é possível afirmar desde logo e mesmo que de forma ainda rasa, que o exercício do poder regulamentar, nas hipóteses em que a edição de regulamentos

---

<sup>895</sup> A Lei em tela, já examinada neste capítulo, regulamentou o mandado de injunção.

<sup>896</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, pp. 1176-1177.

administrativos é reclamada ou determinada pela ordem jurídica, não se insere na zona *cinzenta* da discricionariedade administrativa.

As omissões normativas, sejam aquelas que decorrem da competência do Poder Legislativo, sejam especialmente as que derivam da inatividade administrativa da Administração Pública, não raro acabam por provocar graves danos à esfera individual dos administrados. Nesse contexto, se a proteção *primária* conferida pelos mecanismos de fiscalização, em relação às omissões estatais, não tem demonstrado aptidão para conferir efetividade aos direitos violados, tal tutela, conforme leciona Jorge Pereira da Silva, deve ser complementada por uma “proteção secundária”<sup>897</sup>, que se materializa por meio da reparação de danos por parte do Estado.

Nessa perspectiva, a terceira parte desta pesquisa se debruçará sobre o tema da responsabilidade civil extracontratual do Estado, a fim de formar e firmar convicção sobre a possibilidade, que a esta altura já se revela bastante consistente, de acionar judicialmente o Estado ante a não expedição de regulamentos administrativos nas hipóteses em que o poder público para tanto estiver vinculado a um comando legal ou constitucional. Sendo positiva a resposta sobre tal possibilidade (reparação de dano por parte do Estado), pretende-se, na parte derradeira da pesquisa, estabelecer os requisitos, os limites e ainda as condições em que a reparação de danos advenientes da não expedição de regulamentos administrativos é possível, bem como explicitar sobre eventuais hipóteses de exclusão da responsabilidade estatal.

---

<sup>897</sup> SILVA, Jorge Pereira da. *Dever...*, cit., 2003, p. 291.



## CAPÍTULO 3. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO: COMO E QUANDO SE INDENIZA NO DIREITO BRASILEIRO

*“Refere-se, neste início de um tempo novo, à necessidade de se definir, de modo consentâneo, eficaz e ágil, um sistema de responsabilidade civil que tenha por objetivo precípua, fundamental e essencial a convicção de que é urgente que deixemos hoje, mais do que ontem, um número cada vez mais reduzido de vítimas irressarcidas.”<sup>898</sup>*

### 3.1. Notas introdutórias

A velocidade e os riscos inerentes aos novos tempos impõem uma contínua revisão do papel do Estado junto à sociedade. Essa revisão pressupõe necessariamente uma releitura do próprio Direito, que, por sua vez, precisa estar alicerçada no *princípio da responsabilidade*<sup>899900</sup>. Para Carmen Lúcia Rocha Antunes, atualmente ministra do Supremo Tribunal Federal, a reconstrução do Estado deve ser fundada no binômio *participação e responsabilidade*; primeiramente, porque a *participação* é essencial nos dias atuais, seja como fonte do poder, seja como mecanismo de controle social<sup>901</sup>; já a

---

<sup>898</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 2.

<sup>899</sup> Segundo a doutrina de Canotilho, quando se examina o princípio constitucional da responsabilidade, que pode ser retratado em diferentes contextos jurídicos (responsabilidade do Estado, responsabilidade criminal, responsabilidade política etc.), é necessário tomar em consideração três dimensões: “(i) a responsabilidade pressupõe o reconhecimento ao sujeito dessa responsabilidade (‘responsável’ na linguagem comum) de uma certa margem de ‘discrecionabilidade de actuação’ ou de ‘liberdade de decisão’; (ii) a responsabilidade implica, como correlato da liberdade de actuação, uma *vinculação* funcional traduzida na obrigatoriedade de observância de certos deveres jurídico-constitucionais e da prossecução de certas tarefas; (iii) a responsabilidade articula-se com a existência de *sanções jurídicas* (penais, disciplinares, civis) ou *político-jurídicas* (censura, destituição, exoneração) no caso de não-cumprimento ou de cumprimento julgado defeituoso dos deveres ou das tarefas de que estão incumbidos os órgãos ou agentes constitucionais”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, pp. 544-555.

<sup>900</sup> Para Laubadère, Venezia e Gaudemet “Além do princípio da legalidade, o da responsabilidade do Estado constitui o segundo elemento essencial do liberalismo no sistema administrativo. Estes dois princípios são considerados pilares fundamentais da Administração no sistema de salvaguardas”. LAUBADÈRE, A. de; VENEZIA, J.C.; GAUDEMET, Y. *Droit administratif*, 16 éd., Paris: L.G.D.J., 1999, p. 137.

<sup>901</sup> Em matéria de controle social e transparência pública deve-se fazer referência ao termo *accountability*, que embora não possua um sentido unívoco no direito brasileiro, geralmente está conexas a duas premissas inafastáveis: a obrigação de prestação de contas e a responsabilidade que desta deflui. Num contexto político-jurídico, podemos associar a *accountability*, pois, a uma característica da democracia atual que pressupõe o controle dos governantes pelos governados, pois “se o povo tem o poder de eleger os seus

responsabilidade, por sua vez, nada mais é do que “a marca fundamental do Estado contemporâneo”<sup>902</sup>, designadamente por traduzir “o sinal de coerência interna da proposta democrática na convivência política”<sup>903</sup>. Esses dois pilares, portanto, devem formar as bases de sustentação de um estado democrático de direito em nossos dias.

Em sentido aproximado, Fausto de Quadros afirma que a democracia e o estado de direito assentam seus fundamentos em um tripé, que exprime a própria essência do regime democrático e que se materializa na necessária convivência, em termos de recíproca interdependência, dos valores da *liberdade*, da *autoridade* e da *responsabilidade*<sup>904</sup>. Destes, a *responsabilidade*<sup>905</sup> guarda especial relevância para a presente investigação. Mas, ressalte-se, não é qualquer tipo de responsabilidade, já que tal vocábulo exprime vários e distintos significados conforme a abordagem seja realizada num plano jurídico<sup>906</sup>, como será feito, político<sup>907</sup>, moral<sup>908</sup> ou filosófico<sup>909</sup>. Interessa-nos aqui,

---

representantes, deverá também deter o poder de os destituir quando estes frustrarem as expectativas nele depositadas (...)”. Conforme URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. *Responsabilidade política e responsabilidade jurídica: baralhar para governar*. In Boletim da Ordem dos Advogados, nº 27, Lisboa: Ordem dos Advogados, 2003. Por ser um termo polissêmico, muitos autores associam a *accountability* à responsabilidade no sentido genérico de “deveres de cuidado”. Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. I, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, p. 426. Para saber mais sobre *accountability*: SCHEDLER, Andreas. *Conceptualizing Accountability*. In: *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. London: Lynne Rienner Publishers, 1999; BEHN, Robert D. *Rethinking Democratic Accountability*, Washington: Brookings Instituto, 2001; OLIVER, Richard. *What is Transparency?* New York: McGraw Hill, 2004.

<sup>902</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Observações sobre a Responsabilidade Patrimonial do Estado*. Revista de Informação Legislativa, ano 28, n. 111, jul./set. Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, 1991, pp. 79-81.

<sup>903</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Observações...*, cit., 1991, pp. 79-81.

<sup>904</sup> Conforme QUADROS, Fausto de. *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*. Coordenação de Fausto de Quadros. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 9.

<sup>905</sup> Segundo Ramón Parada, “Responsabilidade é a posição em que se encontra determinado sujeito ao qual a lei impõe uma consequência pelo ato lesivo causado a um interesse protegido”. PARADA, Ramón. *Derecho...*, cit., 2007, p. 559; para José Cretella Júnior, responsabilidade “é o resultado da ação pela qual o homem expressa seu comportamento”. JÚNIOR CRETELLA, José. *Curso...*, cit., 2006, p. 64.

<sup>906</sup> Mesmo no plano jurídico a responsabilidade se subdivide em inúmeras áreas de estudo, como o direito civil, administrativo e constitucional, entre outros.

<sup>907</sup> A responsabilidade política, segundo Pedro Lomba, “desempenha uma função reguladora e normativa no contexto de um regime político. A sua função geral passa por converter o poder político, não num imperium de força ilimitada, mas uma autoridade controlável e limitada pelo Direito”. LOMBA, Pedro. *Teoria da Responsabilidade Política*. Coimbra Editora, 2008.

<sup>908</sup> Segundo Ewald, “A responsabilidade legal tanto pode ser civil quanto penal, e equivale à responsabilidade em relação à lei, diante de um tribunal, enquanto a responsabilidade *moral* expressa-se diante do tribunal da consciência, diante das pessoas-membro da comunidade familiar ou social”. EWALD, François. *Responsabilité – Solidarité – Sécurité: La crise de la Responsabilité en France à la fin du XXè siècle*. In Responsabilité Civile Approfondie. V. 1, Louvain-La-Neuve: UCL, 1996, p. 12.

<sup>909</sup> Do ponto de vista filosófico, importante fazer referência a Hans Jonas, para quem a responsabilidade é a “precondição da moral”, que, no entanto, não pode ser confundida com a própria moral. Como consequência disso, explica o autor alemão, eventuais danos causados a outrem “devem ser reparados, ainda que a causa



pois, a responsabilidade de cunho jurídico, designadamente a *responsabilidade civil*, que, como qualquer responsabilidade, só nasce quando “existe um espaço para diferentes possibilidades de atuação”.<sup>910</sup>

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que o instituto da responsabilidade civil foi, é e sempre será tema de primeira grandeza para o direito, pela simples razão de que “em sociedade (ou mesmo, hipoteticamente, sem ela), é inevitável a ocorrência de danos para as pessoas e o seu patrimônio”<sup>911</sup>. A relevância de tal instituto jurídico ganha corpo diante da complexidade da vida em sociedade, notadamente nos dias atuais, em que se vive num vasto e intrincado conjunto de processos interligados<sup>912</sup>, não sendo por isso descabido afirmar que em tempos hodiernos “toda atuação do homem invade ou, ao menos tangencia, o campo da responsabilidade”<sup>913</sup>. Bem por isso, apesar de estudado em todos os sistemas jurídicos e nas mais diversas quadras da história, o instituto da responsabilidade civil não envelhece nem perde encanto; ao contrário, mantém-se moderno e vistoso, pois o dinamismo e a evolução tecnológica vivenciados neste início de século acabam por ampliar-lhe o espectro, fazendo emergir novas teorias e também novos cenários jurídicos, sempre com o objetivo de amoldar o direito às vicissitudes do homem.

Toda conduta humana que eventualmente viole um dever jurídico e cause prejuízo a outrem é uma potencial “fonte geradora de responsabilidade civil”<sup>914</sup>. Desse modo, não é precipitado afirmar que a não edição de regulamentos administrativos nas hipóteses em que existe o dever jurídico de agir, pode materializar causa suficiente para a propositura de demanda indenizatória em desfavor do Estado, bastando para tanto que estejam presentes os pressupostos necessários, que serão conhecidos e examinados neste e principalmente no próximo capítulo. Nesse sentido, deve-se registrar que o presente capítulo, de viés preparatório, será dedicado ao estudo genérico da responsabilidade civil extracontratual do Estado, com ênfase no sistema jurídico brasileiro, para, na sequência, adentrando a parte

---

não tenha sido um ato mau e suas consequências não tenham sido previstas, nem desejadas”. JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade...*, cit., 2006, p. 165.

<sup>910</sup> Conforme PICHT, Georg. *Der Begriff der Verantwortung. In Wahrheit. Vernunft. Verantwortung.* Philosophische Studien, Stuttgart: Klett-Cotta, 1996, p. 318.

<sup>911</sup> SOUSA, Marcelo rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Responsabilidade Civil Administrativa.* Direito Administrativo Geral. Tomo III. Alfragide: D. QUIXOTE, 2008. P. 11.

<sup>912</sup> FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada.* São Paulo: Malheiros, 2002, p. 59.

<sup>913</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil.* Vol. 3, *Responsabilidade Civil.* 10ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1.

<sup>914</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil.* 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 2.

derradeira da tese, pesquisar-se especificamente a respeito da responsabilidade estatal pela não expedição de regulamentos administrativos.

### 3.2. Contextualização, conceitos instrumentais e delimitações necessárias

Responsabilidade civil, em linhas gerais, é a “obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que delas dependem”<sup>915</sup> ou, numa acepção mais simples e direta, é uma *reação jurídica ao dano*<sup>916917918</sup>. Já a responsabilidade civil *extracontratual* do Estado, nomeada por Sousa e Matos como *responsabilidade civil administrativa*, é o conjunto de circunstâncias a partir do qual “emerge, para a administração e para os seus titulares de órgãos, funcionários ou agentes, a obrigação de indemnização dos prejuízos causados a outrem no exercício da actividade administrativa”.<sup>919</sup>

Apesar da origem romanística da responsabilidade civil<sup>920</sup>, que devido a sua relevância histórica será sintetizada adiante, com o passar do tempo percebeu-se que o

---

<sup>915</sup> SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Tome I. Deuxième Édition. Paris: LGDJ, 1951, p. 1.

<sup>916</sup> MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. *La Responsabilidad Civil*. 3ª Edición. Madrid: Colex, p. 28.

<sup>917</sup> No direito português, Menezes Leitão conceitua o instituto da responsabilidade civil como “o conjunto de factos que dão origem à obrigação de indemnizar os danos sofridos por outrem. A responsabilidade civil consiste, por isso, numa fonte de obrigações baseada no princípio do ressarcimento dos danos”. LEITÃO, Luís Manuel T. de Menezes. *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2ª Ed., Coimbra: Almedina, 2013, p. 267. No mesmo sentido FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro. *Do Direito das Obrigações*, vol. I, Coimbra: Almedina, 1990, p. 410. Cunha Gonçalves afirma que a expressão responsabilidade civil provavelmente provenha do latim *re-spondere*, que “significa garantir ou convencionar o retorno ou ressarcimento do que o lesado perdeu”. GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*. Volume XII, Coimbra Editora, 1937, p. 346. Por fim, para Pessoa Jorge, o termo responsabilidade “corresponde à ideia geral de responder ou prestar contas pelos próprios actos, a qual, por sua vez, pode assumir duas tonalidades distintas: a susceptibilidade de imputar, dum ponto de vista ético *lato sensu*, determinado acto e seus efeitos ao agente, e a possibilidade de fazer sujeitar alguém ou alguma coisa às consequências de certo comportamento”. Ainda segundo Pessoa Jorge, consiste a responsabilidade civil, em síntese, “numa obrigação de indemnizar”. JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 34-44.

<sup>918</sup> Na doutrina brasileira, Silvio Rodrigues define responsabilidade civil como a “obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam”. RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, v. 4. 20ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 06, ao passo que Maria Helena Diniz entende a responsabilidade civil como sendo a “aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio imputado, de pessoas por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal”. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*, v. 7, 24ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34.

<sup>919</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André salgado de. *Direito...*, cit., 2008, p. 11.

<sup>920</sup> Conforme JUSTO, António Santos. *Direito Privado Romano II (Direito das Obrigações)*. 3. Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 119-123.

papel reservado para este instituto jurídico na vida em sociedade não se limitava às relações de natureza privada. Deveras, constatou-se que também o Estado, sujeito da ordem jurídica<sup>921</sup>, ao exercer suas funções constitucionais (ou ao não as exercer, quando deveria), acabava por invadir o campo da responsabilidade civil<sup>922</sup>, mormente em razão da complexidade das tarefas desempenhadas hodiernamente pelo Poder Público ou por quem lhe faça as vezes, circunstância que agrava a probabilidade de provocar danos a terceiros. Nesse contexto, cabe rememorar que o exercício da função administrativa<sup>923</sup> na atualidade revela um dilatado rol de atividades a cargo não só da Administração, mas também de entidades privadas<sup>924</sup>, apresentando em todos os casos algum risco imediato ou potencial para os administrados.

Embora não seja a única, pode-se afirmar que a principal função da responsabilidade civil, seja nas órbitas pública ou privada é “restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano”<sup>925</sup>, consistindo, noutros termos, numa forma de composição dos danos que se produzem “no contacto social”<sup>926</sup>. Não obstante a função reparatória seja considerada a mais relevante aos olhos do lesado, não se pode perder de vista que atualmente a responsabilidade civil ostenta ainda outras funções de naturezas diversas, também proeminentes, como a preventiva e a de realização de justiça social<sup>927</sup>, e

---

<sup>921</sup> Conforme DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de António José Brandão. 2ª ed. Vol. II, Coimbra: Arménio Amado, 1972, p. 230.

<sup>922</sup> Sousa e Matos esclarecem que “O qualificativo civil da responsabilidade não remete para o direito privado: trata-se apenas de esclarecer que a responsabilidade em causa não é política, criminal, contra-ordenacional ou disciplinar. Todas estas modalidades de responsabilidade têm fins diferentes da responsabilidade civil: esta visa predominantemente a reparação de danos, enquanto a responsabilidade política visa a efectivação do controlo democrático no quadro do funcionamento do sistema de governo e as responsabilidades criminal, contra-ordenacional e disciplinar visam finalidades de prevenção, geral ou especial, e de repressão de condutas antijurídicas”. SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André salgado de. *Direito...*, cit., 2008, p. 11.

<sup>923</sup> Conforme JUSTO, António Santos. *Direito Privado Romano II (Direito das Obrigações)*. 3. Edição.

<sup>924</sup> As demais funções do Estado (política, legislativa e jurisdicional), conforme explicitar-se-á adiante, não serão objeto de estudo nesta pesquisa.

<sup>925</sup> Conforme GONÇALVES, Pedro. *Entidades...*, cit., 2008, p. 595.

<sup>926</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade...*, cit., 2011, p. 16.

<sup>927</sup> MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Rudimentos da Responsabilidade Civil*. Revista da faculdade de Direito da Universidade do Porto, ano I, 2005, pp. 349-390.

<sup>927</sup> Conforme Felipe Peixoto Braga Netto, além da função reparatória e (ou) compensatória, a responsabilidade civil nos dias atuais apresenta também uma função preventiva, pois o “direito do século XXI não se satisfaz apenas com a reparação dos danos. Mais importante do que tentar reparar – sempre imperfeitamente, como se sabe – os danos sofridos, a tutela mais adequada, e mais conforme a Constituição, é a tutela preventiva, que busca evitar que os danos ocorram ou que continuem a ocorrer”; o aludido autor ainda faz referência a uma função de realizar a justiça material (função social da responsabilidade civil), pois hoje se percebe uma “forte tendência no sentido da construção de um direito – legal, jurisprudencial e doutrinário – que se preocupe menos com pequenas questões formais, e mais com as posições reais das

ainda a função punitiva<sup>928929</sup>, com destaque, neste último caso, para a doutrina norte-americana dos *punitive damages*.<sup>930931</sup>

Especificamente no que tange à responsabilidade do Estado, Bénéoit faz interessante distinção sobre seu fundamento, na verdade um duplo fundamento, que levaria em consideração o fato de a vítima que sofreu o dano ser ou não usuária de um serviço público no momento do prejuízo. Nessa linha, se um administrado sofreu um dano em decorrência da prestação de um serviço público, o fundamento da responsabilidade seria precisamente o direito ao bom funcionamento do serviço, que a todos assiste. Por outro lado, se o dano foi provocado a terceiros estranhos ao serviço público a responsabilidade teria um fundamento mais genérico, consubstanciado no direito, ancorado no princípio da igualdade, de não ser obrigado a suportar dano anormal decorrente da atuação da Administração Pública.<sup>932</sup>

Outro aspecto que merece ser referenciado é que o problema da responsabilidade do Estado não deve ser visto como uma *pista de mão única*, cuja finalidade é apenas a

---

peças (projetos de vida, esperanças, alegrias e dores), inseridas no mundo social”. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da Responsabilidade Civil do Estado – À luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2014, pp. 63-69.

<sup>928</sup> Paula Lourenço, em estudo específico sobre a função punitiva da responsabilidade civil, no âmbito privado, após análise deste instituto ao longo do tempo, sustenta que sua função é dupla: punir e reparar. A autora sintetiza seu pensamento da seguinte forma: “Em suma, a atribuição de uma quantia pecuniária ao lesado pode visar a punição do agente (ações penais puras), ou a reparação do dano e a punição do autor do delito (ações mistas), dependendo do tipo de ação em que é concedida”. LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006, pp. 55-56.

<sup>929</sup> Para Galão Teles, além da função reparadora, a responsabilidade civil desempenha também uma função sancionatória, “sempre que na sua base se encontra um acto ilícito ou culposo, hipótese a que nos vimos reportando, pois representa uma forma de reacção do ordenamento jurídico contra esse comportamento censurável”. TELES, Inocêncio Galão. *Direito das Obrigações*. 7ª Ed., Coimbra Editora, 1997, p. 418. No mesmo sentido: VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª edição revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2011, p. 542.

<sup>930</sup> Ainda sobre a função punitiva da responsabilidade civil, cabe destacar a importante e polêmica doutrina norte-americana dos *punitive damages*, compreendidos estes como o montante indenizatório (altamente variável e não raro arbitrário) concedido em adição à indenização compensatória com a finalidade de punir o ofensor e adverti-lo a não repetir a conduta lesiva, além de servir de exemplo a outros por meio da intimidação. Sobre o tema: PROSSER, William L.; WADE, John W.; SCHWARTZ, Victor E. *Torts cases and materials*. New York: Foundation Press, 2010, p. 566; HAMMESFAHR, Robert W.; NUGENT, Lori S. *Punitive damages – a state by state guide to law and practice*. New Jersey: West, 2011, p. 5.

<sup>931</sup> Segundo a doutrina de Eugênio Facchini, a função punitiva não se confunde com a função dissuasória, embora ambas sejam materializadas por meio dos chamados *punitive damages*. A função punitiva está associada a intenção de punir alguém em razão de uma conduta praticada, dada a gravidade desta junto ao sentimento social. A função dissuasória, para a qual, segundo o autor mencionado, deve-se preferir a expressão *exemplary damages*, não está relacionada a uma determinada ação pretérita, mas, diversamente, busca evitar, dissuadir semelhantes condutas futuras. FACCHINI NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil no novo código*. In *O novo código civil e a constituição*. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 163-164.

<sup>932</sup> BÉNOIT, Francis-Paul. *Le Droit Administratif Français*. Paris: Dalloz, 1968, p. 691.

reparação, sob a óptica do lesado, de eventuais danos provocados pelo Estado no exercício do poder administrativo. Busca-se na verdade conciliar a *primordialidade* de proteger os cidadãos em face de condutas prejudiciais perpetradas pelas autoridades públicas, segundo o princípio do estado de direito, com uma *necessidade*, que é a de salvaguardar o Estado do pagamento de indenizações insustentáveis ou desamparadas pelo direito.<sup>933934</sup>

Todavia, não se pode negar que um dos papéis mais importantes exercidos pelo instituto da responsabilidade civil do Estado é o de *garantia* ao administrado<sup>935936</sup>. Deveras, a responsabilidade dos poderes públicos “garante substancialidade jurídico-constitucional sobretudo como um *direito de defesa, legitimador de pretensões indemnizatórias*, contra a violação de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos”.<sup>937</sup> Em síntese, pode-se afirmar que a responsabilidade civil está relacionada intrinsecamente com a necessidade de *pacificação social*.<sup>938939</sup>

---

<sup>933</sup> Conforme CASSETTA, Elio. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Tredicesima Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2011, pp. 626-627.

<sup>934</sup> Deve-se aqui abrir um espaço para a doutrina do Professor Vieira de Andrade, que, ao discorrer sobre a responsabilidade do Estado pelo risco social, que estaria associada “à garantia colectiva de segurança e qualidade de vida dos cidadãos num contexto de solidariedade perante danos originados por factos naturais ou ocorridos no desenvolvimento natural da cada vez mais complexa e arriscada vida em sociedade”, distingue dois grandes tipos de responsabilidade: pelo ‘risco social’ e pelo ‘risco natural’. O risco social estaria relacionado às responsabilidades públicas decorrentes dos “deveres gerais de prevenção, de precaução e de garantia, associados às tarefas que incumbem aos poderes públicos”, a exemplo dos danos causados por criminalidade violenta, terrorismo, tumulto etc. O risco natural, por sua vez, está relacionado a uma ideia “mais clássica de compensação solidária, por exemplo, em casos de calamidades naturais, catástrofes ambientais e epidemias, relativamente às pessoas ou grupos especialmente atingidos”. Nesses casos, o fundamento da responsabilidade indenizatória é, em regra, ‘o princípio da solidariedade, específico do Estado Social, que implica o auxílio económico e o socorro social, designadamente aos carenciados – mas muitas vezes está subjacente também a esta obrigação a consciência de que a intervenção pública, em termos difusos, remotos ou indirectos (autorizando construções, licenciando atividades, omitindo a vigilância ou a precaução), de algum modo contribuiu, agravou ou podia ter evitado os prejuízos”. Em situações como tais, finalizada o Professor Vieira de Andrade, “estaremos perante *indenizações compensatórias*, que podem corresponder a posições jurídicas subjectivas, em concretização de direitos sociais a prestações, direitos ‘prima facie’, sob reserva do possível, que não constituem direitos adquiridos, à regularidade do benefício quando este se traduza em prestações periódicas – salvo na medida em que esteja em causa o *mínimo para uma sobrevivência condigna*, que constitui, em si, um direito fundamental, análogo aos direitos, liberdades e garantias, e, nessa medida, dotado de exigibilidade plena”. ANDRADE, J. C. Vieira de. *A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal e Estado social*. In Revista de legislação e de Jurisprudência, nº 3969, ano 140º, Coimbra Editora: Julho-Agosto de 2011, pp. 345-363.

<sup>935</sup> CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377; no mesmo sentido Martín Rebollo, ao afirmar que a responsabilidade é “sempre e em primeiro lugar, um mecanismo de carantia do cidadão”. MARTÍN REBOLLO, Luis. *Ayer y hoy...*, cit., 1999, pp. 317-371.

<sup>936</sup> André Tunc também faz referência em sua obra sobre o importante papel da responsabilidade civil na garantia dos direitos individuais. TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2ª edição, Paris: Economica, 1989. p. 149/154.

<sup>937</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição...*, cit., 2007, p. 425.

<sup>938</sup> Segundo a doutrina de Giselda Hironaka, “Se a cada vez, em segmentos diversos da historiografia do direito e da trajetória humana, alteram-se os paradigmas, certamente alterar-se-á igualmente o enfoque da

Pois bem, embora a origem da responsabilidade civil finque suas raízes no direito privado, é certo que a responsabilidade *civil*<sup>940</sup> do Estado<sup>941</sup> (ou da Administração) deve governar-se por princípios próprios, compatíveis com a peculiaridade de sua posição jurídica, pois as funções estatais dão ensejo à produção de danos mais intensos que os suscetíveis de serem gerados pelos particulares, além de a responsabilidade estatal ser também mais vasta que a responsabilidade das pessoas privadas; além disso, as condições em que os danos podem ser causados pelo poder público também são distintas quando comparadas àquelas provenientes de particulares.<sup>942</sup>

Se é indubitado que em um dado momento histórico buscou-se separar o *direito privado* do *direito administrativo*, com a finalidade precípua de reconhecer a autonomia deste último, os novos tempos sinalizam agora para outro caminho, pois tanto o direito privado, em alguma medida, se *publicizou*, quanto o direito administrativo, também em alguma escala, foi *privatizado*. O certo é que ambos, direito civil e direito administrativo, assim como os demais ramos jurídicos, devem na atualidade ser interpretados e aplicados à luz das regras e princípios constitucionais<sup>943</sup>. Com efeito, não há e nem pode haver nos dias atuais uma interpretação estanque, baseada apenas nas regras e princípios atinentes a determinado ramo do direito. Pode-se afirmar, em síntese, que o direito privado e o direito

---

ideia de obrigação ou do dever de indenizar o dano que alguém sofra. A fundamentação da responsabilidade já não se mostra mais como necessidade de uma normalidade ou de uma virtuosidade, mas como necessidade de pacificação social”. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade...*, 2005, p. 283.

<sup>939</sup> Importante ainda fazer referência à doutrina de Martín Rebollo, para quem a responsabilidade também desempenha um papel pedagógico adicional para a Administração. Essa função propedêutica, no entanto, só possui aplicação em um dos pressupostos de imputação da responsabilidade – o de funcionamento anormal do serviço -, que, ainda que não seja o único, é normalmente o mais frequente e de maior destaque. Essa função pedagógica deve ser utilizada pela Administração para aprender como deve atuar no futuro para evitar que seja condenada. MARTÍN REBOLLO, Luis *Ayer y hoy...*, cit., 1999, pp. 317-371.

<sup>940</sup> Freitas do Amaral explica que a “expressão *civil* não está aí para fazer referência a um certo ramo do direito, mas para significar que se trata de uma responsabilidade por perdas e danos, que se traduz na obrigação de indenizar os prejuízos causados pela Administração aos particulares”. AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito...*, cit., Vol. III, 1989, p. 474.

<sup>941</sup> Segundo o magistério de Rivero, o aresto Blanco fixou a competência administrativa em relação às ações de responsabilidade propostas contra o Estado, baseando essa competência na autonomia da responsabilidade da Administração, que “não pode ser regida pelos princípios estabelecidos no Código Civil para as relações entre particulares”, mas que obedece a “regras especiais”, que variam a depender das necessidades de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados. RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 311.

<sup>942</sup> Por tudo isso, sintetiza Mello, “a responsabilidade do Estado obedece a um regime próprio, capaz de compatibilizar-se com as peculiaridades de sua pessoa, com o tipo e origem de danos passíveis de serem por ele produzidos e apta a resguardar o patrimônio privado contra os riscos ligados a ações e omissões estatais.”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, cit., 2015, pp. 1025-1026.

<sup>943</sup> A Professora Ana Raquel Gonçalves Moniz retrata a constitucionalização do direito administrativo em artigo que será detalhado no capítulo final desta investigação. Veja-se, quanto a isso: MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O Administrative...*, cit., 2012.

administrativo foram, ambos – mas não apenas – *constitucionalizados*, circunstância que passa a exigir uma releitura de vários institutos e conceitos formatados na realidade pretérita, de modo a adequá-los à Constituição, como, por exemplo, a discricionariedade administrativa, a supremacia do interesse público, o próprio interesse público, etc.

O instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado possui ainda uma outra característica: a responsabilidade estatal, diferentemente daquela que envolve apenas particulares, consubstancia-se, indiscutivelmente, num verdadeiro postulado do estado de direito<sup>944</sup> ou, noutra prisma, como “a forma de recomposição da harmonia de um ordenamento jurídico violado”<sup>946</sup>. Trata-se mesmo de uma proteção que nasce, em boa medida, “da inaceitabilidade do Estado como etérea encarnação da vontade geral infalível”<sup>947</sup>. Nessa linha é a lição de Canotilho ao afirmar que a responsabilidade civil, no âmbito do direito público e após o surgimento do conceito de estado de direito, materializa verdadeiro instrumento de legalidade, designadamente por não se limitar a satisfazer as necessidades de reparação e prevenção do dano, à semelhança do que acontece no direito privado<sup>948</sup>. Tal afirmação decorre do fato de que na fase anterior ao surgimento e consagração da expressão *estado de direito*<sup>949</sup> ainda vigorava como regra geral a teoria da

---

<sup>944</sup> BORGES, Alice Gonzalez. *A Responsabilidade civil do Estado à luz do Código Civil: um toque de direito público*. In Responsabilidade Civil do Estado. Juarez Freitas (organizador). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19; MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 109.

<sup>945</sup> O professor Bandeira de Mello, em percuciente lição na qual afirma que “a ideia de responsabilidade do Estado é uma consequência lógica inevitável da noção de Estado de Direito”, acrescenta ainda que não se pode confundir as condições deflagradoras da responsabilidade do Estado com os fundamentos da responsabilidade estatal. Assim, “Uma coisa é saber-se quais os requisitos necessários para colocar em causa a obrigação de reparar o dano e outra coisa é questionar sobre a justificativa da existência de tal responsabilização. Esta última corresponde ao fundamento da responsabilidade, a dizer, consiste na razão pela qual são estabelecidos vários casos ensejadores da obrigação de reparar o dano. Ou, dizendo com maior rigor: consiste naquilo que supedita as distintas hipóteses de responsabilização. A nosso ver, o fundamento se biparte: a) no caso de comportamentos *ilícitos* comissivos ou omissivos, jurídicos ou materiais, o dever de reparar o dano é a *contrapartida do princípio da legalidade*. Porém, no caso de comportamentos *ilícitos comissivos*, o dever de reparar já é, além disso, imposto também pelo *princípio da igualdade* (...)”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, cit., 2015, pp. 1027 e 1035.

<sup>946</sup> ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade patrimonial do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 34.

<sup>947</sup> FREITAS, Juarez. *Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância*. In Responsabilidade Civil do Estado. Juarez Freitas (organizador). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 177.

<sup>948</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1976. p. 13.

<sup>949</sup> O *Rechtsstaat*, isto é, o “Estado de Direito” é expressão criada por volta de 1848 (século XIX, portanto), pelo alemão Robert Von Mohl, que, a partir de uma ideia liberal contrária ao chamado “Estado de Polícia”, sustentava uma limitação do poder estatal, que somente poderia imiscuir-se na esfera privada dos indivíduos

irresponsabilidade do Estado pelos danos eventualmente provocados aos particulares<sup>950</sup>, conforme será detalhado em momento próprio.

Portanto, a possibilidade de os administrados obterem reparação dos danos imputáveis ao Poder Público, seja por suas ações ou pelas omissões, nas palavras de Rivero, “é uma peça essencial do Estado liberal”<sup>951</sup>, que, para além de seu valor prático, reflete verdadeiramente “uma certa forma de civilização”<sup>952</sup>. Em sentido semelhante, Yves Gaudemet afirma que além do princípio da legalidade, o da responsabilidade do poder público é “o segundo fator-chave para o liberalismo no sistema administrativo francês”<sup>953</sup>, constituindo-se, ambos, nos pilares do sistema de garantia dos administrados.<sup>954</sup>

Pois bem, após tecer algumas considerações sobre as funções e características da responsabilidade extracontratual do Estado, importa clarear agora que a ideia de *obrigação* não pode ser confundida com a de *responsabilidade*<sup>955</sup><sup>956</sup>. Com efeito, a violação de um dever configura ato ilícito e acarreta, muitas das vezes, danos a particulares, fazendo com

---

quando assim autorizado pela lei, que a todos assujeitava. Conforme VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 9-10.

<sup>950</sup> Importante esclarecer que embora a teoria da *irresponsabilidade* do Estado pelos danos causados aos particulares há muito se encontra abandonada na maior parte dos países, em alguns casos, sobretudo naqueles da família jurídica da *Common Law*, tal abandono somente ocorreu bem mais tarde, por ocasião do término da segunda guerra mundial. Foi assim na Inglaterra, pelo *Crown Proceedings Act*, de 1947, e nos Estados Unidos da América, por meio do *Federal Tort Claims Act*, de 1946. Só então estes Estados ingressaram “no regime de responsabilidade geral do poder público, embora em moldes civilistas e com apreciáveis exceções, entre as quais se destaca a dos atos administrativos praticados em execução da lei ou regulamento, ou no exercício regular do poder discricionário.” TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público (Estudos e pareceres)*. Vol. I, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 558. No mesmo sentido: GÓMEZ DE MERCADO, Francisco García. *Responsabilidad patrimonial de la Administración*. Granada: Editorial Comares, 2009, p. 02; PUGET, Henry. *Les institutions administratives étrangères*. Paris, 1969, p. 215 e ss.; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, cit., 2001, p. 610.

<sup>951</sup> RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 305.

<sup>952</sup> RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 305.

<sup>953</sup> GAUDEMET, Yves. *Droit Administratif*. 18<sup>e</sup> édition. Paris: LGDJ, 2005, p. 153.

<sup>954</sup> GAUDEMET, Yves. *Droit...*, cit., 2005, p. 153.

<sup>955</sup> Para Cavalieri Filho, “*Obrigação* é sempre um dever jurídico originário; *responsabilidade* é um dever jurídico sucessivo, consequente à violação do primeiro”. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2012, p. 2.

<sup>956</sup> Quando se fala sobre obrigação e responsabilidade, não se pode deixar de fazer referência, ainda que rasa, à divergência doutrinária existente entre os adeptos das correntes *unitária* e *dualista*. A corrente dualista sustenta que o vínculo obrigacional se decompõe em dois elementos distintos: o débito (*Schuld*) e a responsabilidade (*Haftung*). A responsabilidade, neste contexto, somente surgirá com o inadimplemento. (Por todos, LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 2<sup>o</sup> vol., 6<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, pp. 15-16). A corrente unitária, diferentemente, sustenta que o débito e a responsabilidade seriam, ambos, faces da obrigação. Por isso, quando alguém assume uma obrigação, responderá por ela com seu patrimônio. Embora a doutrina unitarista reconheça a possibilidade de distinguir o débito da responsabilidade, sustenta que um não caminha sem o outro, isto é, que a responsabilidade segue sempre a obrigação, talqualmente “a sombra ao corpo”. (Assim, por todos, LARENZ, Karl. *Derecho das Obligaciones*, t. I, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 34.)



isso emergir um novo dever jurídico, consubstanciado na própria reparação do dano causado. Desse modo, pode-se dizer, na esteira de Cavaliere Filho, que existe, pois, “um *dever jurídico originário* (ou primário), cuja violação gera um *dever jurídico sucessivo*, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo”.<sup>957</sup><sup>958</sup>

Segundo a doutrina clássica de Mazeaud e Tunc, *responsável* é a pessoa que em última análise deve reparar o dano<sup>959</sup>. Pode-se afirmar, por conseguinte, que a reparação dos danos causados não será levada a cabo necessariamente pelo autor do dano. E é exatamente assim que ocorre no plano da responsabilidade estatal, pelo menos no cenário jurídico brasileiro, em que os danos provocados por agentes públicos no exercício da função, ainda que por falta grave destes, são imputados *diretamente* ao ente público ou privado competente para o exercício da atividade administrativa geradora do dano.<sup>960</sup>

Quando se perquire sobre o tema da responsabilidade civil, tem-se que esta pode derivar de um inadimplemento contratual ou simplesmente da inobservância de um dever legal de não causar dano injusto (*lato sensu*) a outrem<sup>961</sup>. No primeiro caso a responsabilidade deriva diretamente de acordo entre as partes (*responsabilidade contratual*); no segundo, decorre do dever legal de não lesar terceiros (*responsabilidade*

---

<sup>957</sup> Portanto, não cumprida uma obrigação legal por determinada pessoa (dever jurídico originário) nasce para este a responsabilidade, que é o dever imposto pelo ordenamento jurídico de reparar o dano causado. Saliente-se, nesse contexto, que obrigação e responsabilidade possuem significados distintos, pois enquanto a primeira é sempre um dever jurídico originário, a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação da obrigação. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2012, pp. 2-3.

<sup>958</sup> Em posição discordante, José dos Santos Carvalho Filho afirma que a responsabilidade não é um dever jurídico, como sustentado por alguns, para em seguida justificar: “Considerando a origem do vocábulo e, pois, do próprio instituto, deve emprestar-se à responsabilidade o sentido de imputabilidade, vale dizer, de aptidão jurídica para que alguém possa ser responsabilizado pelos efeitos decorrentes de sua conduta. Ter responsabilidade não significa ter, a *priori*, um dever jurídico; indica apenas um estado de potencialidade pelo qual se atribui a alguém o ônus de responder perante a ordem jurídica por seus atos ou por atos de terceiros”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Responsabilidade Civil das Pessoas de Direito Privado Prestadoras de Serviços Públicos*. In Responsabilidade Civil do Estado. Juarez Freitas (organizador). São Paulo: Malheiros, 2006, p. 137.

<sup>959</sup> MAZEAUD, Henri et Léon; TUNC, André. *Traité Théorique et Patricque de la Responsabilité Civil*. Tome Premier. Cinquième Édition. Paris: Éditions Montchrestien, 1957, p. 3.

<sup>960</sup> Quando cabível, o direito – na verdade, dever – de regresso será exercido em seguida pelo Estado, conforme será abordado oportunamente.

<sup>961</sup> Carlos Roberto Gonçalves registra que “Na responsabilidade extracontratual, o agente infringe um dever legal, e, na contratual, descumpe o avençado, tornando-se inadimplemente. Nesta, existe uma convenção prévia entre as partes, que não é cumprida. Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano (...)”. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 62.

*extracontratual*)<sup>962</sup>. A presente pesquisa, à evidência, tem por objetivo avaliar a possibilidade de ter o Estado de reparar eventuais danos provocados pela não edição de regulamentos administrativos. Trata-se, pois, de responsabilidade extracontratual, razão porque, doravante, a expressão responsabilidade civil do Estado deverá ser associada à ideia *responsabilidade extracontratual*, isto é, aquela que dimana de atos ou omissões do poder público que acabam por provocar danos injustos na esfera jurídica de outrem.<sup>963964</sup>

A partir das características anteriormente referidas, é possível definir a responsabilidade civil extracontratual do Estado como a garantia fundada no estado de direito, consubstanciada na obrigação imputada ao Estado de reparar os danos *injustos (lato sensu)* causados por seus agentes, nessa qualidade, a particulares por meio de conduta comissiva ou omissiva, lícita ou ilícita.

Como a responsabilidade civil extracontratual do Estado engloba tanto as condutas lícitas quanto as ilícitas, importante mencionar que a expressão “indenização por ato ilícito”, utilizada inadvertidamente no cotidiano administrativo brasileiro, é objeto de crítica na doutrina estrangeira especializada. E é assim porque, segundo Renato Alessi, há diferença técnica entre *indenização* e *ressarcimento*, e, conseqüentemente, entre uma *lesão* a direito e uma *violação* a direito. Explica-se: há condutas estatais que, mesmo sendo lícitas, acarretam lesão a direitos de particulares, hipóteses em que os danos experimentados deverão ser indenizados, e não ressarcidos; a indenização, nestes casos, deve ser limitada ao bem ou direito sacrificado. Ao revés, quando o dano é provocado por uma conduta ilícita do poder público ocorre uma violação do direito, hipótese na qual será

---

<sup>962</sup> Para Sínde Monteiro, a responsabilidade extracontratual ou aquiliana “nasce essencialmente do desrespeito de deveres gerais de conduta, impostos a todas as pessoas para salvaguarda dos direitos de outrem”. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sínde. *Rudimentos...*, cit., 2005, pp. 349-390.

<sup>963</sup> Importante o alerta de Sousa e Matos, para quem “Nos últimos anos, a doutrina tem vindo a identificar uma *terceira via* da responsabilidade civil, a meio caminho entre a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, que abrangeria situações de violação de deveres específicos de proteção, informação e lealdade, não decorrentes de contratos mas com densidade superior aos deveres genéricos de respeito de direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos cuja violação gera responsabilidade extracontratual”. SOUSA, Marcelo rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008, p. 17.

<sup>964</sup> Também com o propósito de alargar o alcance da responsabilidade civil, Elio Casetta admite, também contra o Estado, a existência do instituto da responsabilidade pré-contratual nos casos de violação do art. 1337 do Código Civil (que trata do dever de boa-fé na formação do contrato) e do art. 1338 (que trata do dever de comunicar aos *outros* eventuais causas de nulidade do contrato). CASSETTA, Elio. *Manuale...*, cit., 2011, p. 634.

exigível um ressarcimento, que deve compreender integralmente os prejuízos sofridos.<sup>965</sup><sup>966</sup>

A depender do fundamento sobre o qual se alicerça a responsabilidade civil, a culpa, compreendida como a “violação de um dever que o agente deveria observar”<sup>967</sup>, será ou não considerada como requisito a sustentar a reparação de dano. Assim, tem-se a responsabilidade *subjctiva*, ancorada na culpa, e a responsabilidade *objetiva*, que dispensa o elemento subjetivo da conduta para a configuração do dever de indenizar. Nesse contexto, segundo lição de Gonçalves, diz-se subjetiva a responsabilidade quando esta se esteia na ideia de culpa, cuja prova passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Dentro desta concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se este agiu com dolo ou culpa<sup>968</sup>. É possível afirmar, com ressalvas, que a responsabilidade fundada no princípio da culpa<sup>969</sup> ainda é reconhecida por parte majoritária da doutrina civilista como regra de aplicação *geral* no direito brasileiro.<sup>970</sup>

Nos casos de responsabilidade objetiva, diferentemente, não se exige prova de culpabilidade<sup>971</sup> do agente para que surja a obrigação de reparar o dano, sendo ela de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco”<sup>972</sup>. Tal responsabilidade, que

---

<sup>965</sup> Conforme lição de ALESSI, Renato. *La responsabilità dela pubblica amnistrazione*. Vol. I, Milano: Dott A. Giufrée, 1939, p. 144.

<sup>966</sup> No mesmo sentido, entre outros, CANOTILHO, J. J. Gomes. *O problema...*, cit., 1976, pp. 18-19.

<sup>967</sup> SAVATIER, René. *Traité...*, cit., 1951, p. 5.

<sup>968</sup> Conforme GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade...*, cit., 2014, p. 59.

<sup>969</sup> Para Sinde Monteiro, “O princípio da culpa, de que toda a responsabilidade pressupõe ou tem como fundamento único a culpa, estava de acordo com a concepção otimista do homem recebida do iluminismo, do homem que sabe e é capaz de se governar a si mesmo, encarar as suas próprias responsabilidades e tomar as necessárias medidas de precaução contra os golpes do destino – enfim, do homem liberto das tradicionais vinculações sociais, do Estado e da religião (individualismo)”. MONTEIRO, Jorge F. Sinde. *Responsabilidade civil*. In Revista de Direito e Economia 4. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1978, p. 323.

<sup>970</sup> Lei nº 10.406/2002 – Código Civil brasileiro

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

<sup>971</sup> A culpabilidade, segundo Pessoa Jorge, “é a qualidade ou conjunto de qualidades do acto que permitem formular, a respeito dele, um juízo ético-jurídico de reprovação ou censura”. PESSOA JORGE, Fernando. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 315.

<sup>972</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade...*, cit., 2014, p. 59.

não pode ser entendida como *imputação cega do dever indenizatório*<sup>973</sup>, se baseia no princípio da equidade<sup>974</sup>, satisfazendo-se com a presença de apenas três pressupostos: a *conduta* (ação ou omissão), o *dano* e o *nexo de causalidade*. A responsabilidade objetiva, portanto, despreza o elemento subjetivo da conduta, facilitando sobremaneira a busca de reparação por parte da vítima. Registre-se que, no Brasil, genericamente, a responsabilidade objetiva sempre foi admitida como excepcional, pelo fato de ser aplicada somente aos casos em que houver previsão normativa expressa nesse sentido, a exemplo da responsabilidade por danos provocados pelo Estado, de matiz constitucional e que será examinada em detalhes; a responsabilidade por danos provocados ao consumidor<sup>975</sup> e ao meio ambiente<sup>976</sup>, além de outras. Ocorre que as regras que sinalizam para a responsabilidade objetiva são cada vez mais frequentes, não sendo por isso inteiramente correta, nos dias atuais, a afirmação anterior segundo a qual um tipo de responsabilidade, a *subjetiva*, é regra, e o outro, a *objetiva*, exceção no direito brasileiro. Deveras, no momento atual é tecnicamente mais adequado afirmar que no sistema jurídico brasileiro existe uma *dualidade de fontes*<sup>977</sup> de responsabilidade civil, ainda que com alguma preponderância da responsabilidade fundada na culpa.

Quando se perquire sobre responsabilidade civil, tanto no âmbito privado quanto na esfera pública, não é incomum a discussão sobre qual tipo de responsabilidade, subjetiva ou objetiva, atende mais eficazmente o direito. O certo é que tal discussão, a depender de seu conteúdo é inócua e improdutiva, pois as responsabilidades fundadas na culpa e no risco, respectivamente, não são excludentes, mas, antes, complementares, vez que cada qual cumpre um papel diferente e não menos relevante no campo da responsabilidade.<sup>978</sup>

---

<sup>973</sup> FREITAS, Juarez. *Responsabilidade...*, cit., 2006, p. 180.

<sup>974</sup> Segundo o magistério de Carlos Roberto Gonçalves, “Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa. A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi ônus*); ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa, expuser alguém a suportá-lo”. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade...*, cit., 2014, p. 59.

<sup>975</sup> Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

<sup>976</sup> Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

<sup>977</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 177.

<sup>978</sup> Sobre o tema, esclarecedora é a lição de Miguel Reale: “Não há que fazer essa alternativa (*responsabilidade objetiva ou subjetiva*). Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se

Além disso, essa simples divisão entre responsabilidade objetiva e subjetiva já não atende eficazmente aos reclamos reparatórios do século XXI, havendo necessidade, bem por isso, de buscar desenvolver um novo modelo ou, pelo menos, modificar o sistema já existente. Nesse sentido é a lição de Giselda Hironaka, para quem as soluções teóricas e jurisprudenciais até aqui desenvolvidas, e ao longo de toda a história da humanidade, encontram-se em crise, “exigindo revisão em prol da manutenção do *justo*.”<sup>979</sup> Especificamente no que tange ao poder público, a conduta administrativa da qual decorre o dano na maioria das vezes é reprovável do ponto de vista ético-jurídico, podendo até com alguma facilidade ser aferida e comprovada à luz das teorias da culpa e do nexo de causalidade, como veremos adiante. Outras vezes, contudo, embora presente o dano, a vítima não dispõe de meios para comprovação de uma conduta (ou atividade)<sup>980</sup> condenável ou perigosa por parte da estrutura estatal. Isso ocorre com mais frequência nas condutas omissivas, que nos interessam em particular nesta investigação, nas quais rotineiramente o princípio da responsabilidade é violado, sem qualquer reparação para a vítima, muitas vezes por uma sobrevalorização histórica do elemento subjetivo da conduta, que ainda está impregnado na maioria das decisões judiciais. Entendemos, pois, neste

---

dinamizam. Deve ser reconhecida, penso eu, a responsabilidade subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou dolosa. Mas isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental. O conceito de estrutura não é privilégio do estruturalismo, que é um dos tantos modismos filosóficos do nosso tempo. O conceito de estrutura, ao contrário, é um conceito sociológico e filosófico fundamental, como no-lo mostra a obra de Person ou de Merton, e desempenha papel cada vez mais relevante no mundo do Direito, esclarecendo o antigo e renovado conceito de natureza das coisas, cuja aceitação independe, não é demais adverti-lo, para evitar equívocos correntes, do fato de admitir-se, ou não, qualquer modalidade de Direito Natural”. REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: RT, 2003, pp. 67-68.

<sup>979</sup> Para a Professora Giselda Hironaka: “Estrutura-se, paulatinamente, um sistema de responsabilidade civil que já não se sustenta mais pelos tradicionais pilares da antijuridicidade, da culpabilidade e do nexo de causalidade, apenas. Organiza-se, já, um sistema que não recusa – como outrora se recusava, por ser absolutamente inaceitável – a existência de um dano injusto, por isso indenizável, decorrente de conduta lícita. Apresenta-se, nos dias de hoje, um sistema de responsabilidade civil que já não se estarrece com a ocorrência de responsabilidade independentemente de culpa de quem quer que seja.”. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade...*, cit., 2005, p. 02.

<sup>980</sup> Giselda Hironaka, ao comentar a ideia da *mise en danger* presente no direito italiano, faz a necessária distinção entre a periculosidade da conduta ou a periculosidade da atividade: “Por periculosidade da conduta entende-se a atividade normalmente inofensiva, que só adquire um caráter perigoso pela conduta imprudente, por imperícia ou negligência daquele que a exerce. O dano que daí resulta submete-se ao princípio da culpa, cuja regência frequenta o *habitat* do art. 2043 do Código Civil italiano. Mas por periculosidade da atividade, cuja regência opera por meio da regra do art. 2.050 do Código Civil italiano, deve-se entender o exercício de atividade potencialmente perigosa, em razão do elevado cometimento de danos que ela pode causar, seja em razão de sua natureza, seja em razão dos meios adotados para o seu exercício, independentemente da conduta daquele que a exerce.” HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade...*, cit., 2005, p. 297.

contexto, que para a adequada observância do princípio da responsabilidade, deve-se ter em conta que a comprovação de culpa ou mesmo de ilicitude (em sentido amplo) nos dias atuais precisa ceder espaço para o elemento mais importante em sede de responsabilidade estatal, que é precisamente o *dano*.<sup>981</sup>

O estudo da responsabilidade civil extracontratual do Estado engloba na atualidade todas as funções exercidas pelos poderes públicos, isto é, a legislativa, a jurisdicional, a política e, óbvio, a administrativa. A título de delimitação, deve-se registrar desde logo que interessa a esta pesquisa apenas o exercício, ou, melhor, o *não exercício* da função administrativa. Não obstante, importa mencionar, ainda que de forma rasa, que em relação aos atos legislativos<sup>982</sup> e jurisdicionais<sup>983</sup> vigora no Brasil, em regra, a teoria irresponsabilidade, justificada com base no princípio da soberania.

---

<sup>981</sup> Nesse sentido é o magistério de Weida Zancaner, para quem “a importância do deslocamento da ilicitude da conduta do agente (e, portanto, da culpa), para a lesão antijurídica do patrimônio, teve tão funda significação para imputação da responsabilidade do Estado, que alguns doutrinadores não hesitaram em entrever nesta teoria uma revolução copernicana no instituto da responsabilidade do Estado, visto por ela compreender que o sol que ilumina a responsabilidade é o *dano* e não, como se pensava, a *conduta* do agente”. BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: RT, 1981, p. 42.

<sup>982</sup> Entretanto, não se pode negar que a jurisprudência tem sinalizado para um caminho de progressivas conquistas, embora lentas. Uma primeira exceção que aponta para a possibilidade de reparação de danos causados por ato legislativo é o caso de *lei inconstitucional*, assim declarada por meio de controle abstrato de constitucionalidade. Assim, caso uma lei efetivamente produza danos na esfera particular e, ulteriormente, seja declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ou pelos Tribunais de Justiça, conforme o caso) por meio de algum mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade, segundo a doutrina (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, 2013, p. 718 e ss.; e CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, cit., 2016, p. 601 e ss., entre outros) e a jurisprudência (STJ, REsp 571645 RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Turma, Julgamento 21.09.2006, DJ 30.10.2006) brasileiras é possível responsabilizar civilmente o Estado. Também é possível a responsabilização do Estado por danos causados por leis de efeitos *concretos*, assim entendidas aquelas que se apresentam como leis sob o aspecto formal, mas que, materialmente, constituem meros atos administrativos (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, cit., 2016, p. 504). Para além dessas possibilidades, que atualmente não suscitam grandes debates, a doutrina tem reconhecido que mesmo um ato legislativo constitucional pode redundar numa ação indenizatória contra o Estado, pela mesma razão que justifica a reparação por atos lícitos oriundos da função administrativa. O fundamento para tanto, leciona Ferraz, “é que tenha havido ruptura no equilíbrio entre os ônus e os encargos públicos suportados pelos destinatários, desequilíbrio, é claro, resultante do ato legislativo como medida de ordem geral”. (FERRAZ, Luciano. *Responsabilidade do Estado por omissão legislativa – o caso do art. 37, X, da Constituição da República*. In Responsabilidade Civil do Estado. Organizador: Juarez Freitas, 2006, p. 219).

<sup>983</sup> Já em relação aos atos jurisdicionais danosos as conquistas atinentes à responsabilidade estatal ainda são tímidas, extrema e lamentavelmente tímidas. O art. 5º, LXXV da Constituição de 1988 dispõe que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. Afora essas hipóteses previstas constitucionalmente, há vários outros atos – ou omissões – jurisdicionais que possuem aptidão para provocar danos de grande monta a particulares, alguns que já fazem parte do cotidiano dos tribunais brasileiros, mas que podem gerar gravíssimas consequências, como a tardança na prestação jurisdicional e as prisões preventivas e cautelares seguidas de absolvição, dentre outros. Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que prisões preventivas, quando ilegais, geram indenização por

Pois bem, como já referenciado, a responsabilidade civil que desperta a atenção nesta pesquisa é aquela cuja fonte geradora do dano é o próprio Estado, excluindo-se, como dito, os danos advenientes das funções legislativa, jurisdicional e política. Interessanos aqui, portanto, a responsabilidade civil em que o causador do dano é o poder público<sup>984</sup>, por meio da conduta de seus agentes, no exercício da função administrativa. E não é qualquer conduta administrativa, mas especificamente a *inação* normativa da Administração, designadamente no que concerne a não expedição de regulamentos administrativos nas hipóteses em que esta deveria fazê-lo, pelo fato de que tal inatividade pode acarretar a perda de direitos conferidos pela ordem jurídica a particulares e, conseqüentemente, dar ensejo a eventual pretensão reparatória em desfavor do poder público.

Nesse contexto, se ao Legislativo foi conferida competência constitucional para inovar a ordem jurídica, criando leis, por outro lado cabe ao Executivo, por meio da Administração Pública e no exercício do poder regulamentar, detalhar ou explicar essas leis, quando necessário, tornando assim possível sua aplicação. Não obstante, conquanto haja o dever jurídico de exercer o poder regulamentar<sup>985</sup> quando assim requerido por norma superior, há casos em que a Administração Pública simplesmente se mantém inerte, gerando com esta petulante omissão conseqüências de ordem administrativa e política, bem assim possíveis danos a particulares.

Pois bem, foi examinado na primeira parte desta pesquisa que os regulamentos administrativos editados pela Administração Pública estão intrinsecamente ligados à função administrativa do Estado e que apresentam três diferentes funções: a) a de execução

---

danos morais (STJ, AgRg no Ag 1429216, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, Primeira Turma, DJ 04.05.2012). Também há precedentes condenando o Estado por dano moral em razão de outras formas de prisão também consideradas inadequadas, como a do depositário infiel (STJ, Resp 1.209.341 - SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, Julgamento 21.10.2010, DJe 09.11.2010).

<sup>984</sup> Conquanto o estudo doutrinário do tema proposto comumente forneça várias expressões distintas, como “responsabilidade extracontratual do Estado”, conforme DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, cit., 2015; “responsabilidade civil extracontratual da administração pública”, conforme QUADROS, Fausto de. *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1995; “responsabilidade civil administrativa”, conforme SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008; “responsabilidade civil do Estado”, conforme BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual...*, cit., 2014, e CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, cit., 2016, nesta pesquisa será utilizada a expressão “responsabilidade civil extracontratual do Estado” ou simplesmente “responsabilidade civil do Estado”, por serem as expressões consagradas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e na doutrina pátria.

<sup>985</sup> Conforme ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. *El recurso por omisión ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid: Civitas, 1993, p. 55.

das leis, por meio da qual possibilita a aplicação prática de um determinado regime legal, nomeadamente através da introdução de disciplina normativa de determinadas matérias que a lei se absteve de regular e que todavia é necessária para que esta seja exequível; b) a de complementação das leis, pela qual visa a regulação de aspectos acessórios de um determinado regime legal, que a lei não regulou diretamente, por considerar necessário ou conveniente que sejam definidos por regulamento; e c) por fim, a de dinamização global da ordem jurídica, por meio da qual visa a introdução de disciplinas normativas materialmente inovatórias, por não corresponderem a execução ou complementação de leis, a exemplo dos regulamentos autônomos.<sup>986</sup> Se a Administração Pública necessita expedir um regulamento administrativo para tornar viável a execução de uma norma de *status* superior e não o faz no prazo legal (ou em lapso razoável, quando não houver prazo estipulado na lei), parece inequívoco que resta configurada a ilicitude da inércia administrativa para fins de reparação civil, que neste caso se verifica pela mera “inobservância de um dever jurídico de agir”<sup>987</sup>. Tal injuridicidade é reforçada pelo princípio da proporcionalidade, que além de ser um freio jurídico ao excesso, sanciona também a *inoperância*, circunstância na qual a omissão injustificável se encaixa, apresentando-se, assim, como um silêncio violador do *dever de agir proporcional*.<sup>988989</sup>

Noutro plano, é também possível que a *mora* na expedição de regulamentos administrativos possa se justificar pela ocorrência de alguma excludente de responsabilidade, hipótese em que poderá o Estado se escudar de responsabilizar, ante a ausência de nexo de causalidade.

Pretende-se, pois, a partir do cenário anteriormente exposto, analisar a responsabilidade civil extracontratual do Estado na ordem jurídica brasileira e suas consequências para os administrados, para, adiante, na parte derradeira desta pesquisa, destrinchar o fenômeno da *inatividade normativa qualificada* do Estado, com o propósito

---

<sup>986</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Direito...*, cit., 2007, p. 245.

<sup>987</sup> MONTEIRO, J. F. Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*. Coimbra: Almedina, 1989. pp. 307-308.

<sup>988</sup> FREITAS, Juarez. *Responsabilidade...*, cit., 2006, p. 183.

<sup>989</sup> Nas palavras do professor Vieira de Andrade, a ilicitude do fato lesivo não deve ser avaliada em função de um padrão normativo de conduta pessoal, mas de um *standard* objetivo de funcionamento - há responsabilidade quando, nas circunstâncias concretas, seja uma exigência razoável a evitação do dano produzido, de acordo com padrões médios de resultado. ANDRADE, J. C. Vieira. *A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social*, in. Revista de Legislação e de Jurisprudência. Ano 140°. Nº 3969. Coimbra Editora, 2011, p. 349.



de formar um juízo de valor seguro sobre a possibilidade de tal inércia dar ensejo – e em que condições – à propositura de ação indenizatória em desfavor do Estado, obrigando-o, quando for o caso, a reparar os danos injustamente suportados por particulares.

Reforce-se, mais uma vez, que o aprofundamento do estudo acerca da responsabilidade estatal especificamente pela não expedição de regulamentos administrativos será feito no quarto e último capítulo desta investigação; a parte que ora se inicia, também de natureza meramente preparatória, possibilitará ao leitor conhecer de forma segura o sistema brasileiro de responsabilidade estatal, com vistas a franquear-lhe um bom caminho para chegar com segurança à parte conclusiva da tese.

Uma outra importante observação, também de caráter preliminar, diz respeito ao modelo normativo de responsabilidade estatal atualmente existente no Brasil. Conforme será detalhado em momento próprio e diferentemente do que ocorre na maioria dos Estados, não há no Brasil um regime legal a cuidar de forma específica e minudente sobre a reparação dos danos provocados pelos poderes públicos. Assim, todos os problemas relacionados à responsabilidade civil extracontratual do Estado, como por exemplo os danos provocados por ação ou omissão; por meio de condutas lícitas ou ilícitas; materiais ou jurídicas, ou ainda pelas diversas funções estatais, são resolvidos à luz de um único dispositivo constitucional, o § 6º da Constituição Federal de 1988<sup>990991</sup>. O tema da *responsabilidade estatal*, que, em si, traz inúmeras dificuldades e incertezas nos Estados onde existe um substrato jurídico-normativo minimamente refinado, como se vê, se amplia ainda mais no sistema jurídico brasileiro face à inexistência de um regime legal próprio a cuidar do assunto.

Sabe-se que o instituto da responsabilidade civil extracontratual do Estado é tema relativamente novo para o direito, pois somente foi reconhecido como matéria autônoma em meados do século XIX<sup>992</sup>, conforme será analisado oportunamente; já a responsabilidade civil, considerada em sua essência a partir de uma abordagem genérica e

---

<sup>990</sup> “CF/1988, art. 37 (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”.

<sup>991</sup> O atual Código Civil brasileiro, Lei nº 10.406/2002, também trata sobre a responsabilidade civil do Estado em seu art. 43, se limitando, no entanto, a praticamente transcrever a redação do texto constitucional. Vejamos: “Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

<sup>992</sup> Conforme RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 307.

privatista é instituto milenar que finca suas remotas origens ainda no Direito Romano. Por isso, passaremos, no tópico seguinte, a elaborar uma síntese histórica da responsabilidade civil primeiramente na seara privada, para só então, no tópico subsequente, mirarmos a responsabilidade civil extracontratual do Estado, a qual também será analisada inicialmente sob o ponto de vista histórico.

### 3.3. Síntese evolutiva da responsabilidade civil no âmbito do direito privado

Sabe-se que durante a sombria fase da vingança privada não existiam normas escritas a legitimar a aplicação de sanções àqueles que causassem prejuízos a terceiros. A reação individual ou coletiva era o meio utilizado pelos povos da antiguidade para reprimirem os atos que lhe eram nocivos. Muitas vezes a sanção era imposta não ao sujeito que praticou a conduta ilícita, mas à coletividade a sua volta. Além da não individualização da pena, outro aspecto jurídico relevante constatado nessa altura era a desproporcionalidade com que as sanções eram aplicadas.<sup>993</sup>

A Lei das XII Tábuas<sup>994</sup>, elaborada provavelmente no ano 450 a.C.<sup>995</sup>, possui vários vestígios dessa fase da vingança privada, apresentando algumas regras semelhantes à *Lei de Talião*, que, como se sabe, tinha como principal característica sancionar o delito praticado afligindo o mesmo mal ao ofensor. Assim, se alguém causasse a outrem lesão física injusta (*membrum ruptum*), a norma previa a aplicação da pena de talião ao agressor (*talio esto*). Merece registro o fato segundo o qual, no exemplo citado, a pena de talião

---

<sup>993</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade...*, cit., 2011, pp. 19 e ss.

<sup>994</sup> “Segundo a tradição, referida por vários escritores do tempo da república e do principado, efectuou-se em Roma, nos anos 451 a 449 a.C., uma obra codificadora de grande envergadura. Foi elaborada por um organismo especialmente constituído para esse fim, os *decemviri legibus scribundis* (comissão de dez homens para redigir as leis); depois, aprovada nos comícios das centúrias, afixada publicamente no fórum e finalmente publicada em 12 tábuas de madeira. Daí a sua designação – *ix duodecim tabularum*, Lei das XII Tábuas. É o documento de maior relevo do Direito Antigo. Ainda segundo o relato da tradição, esse extraordinário documento teve origem nas reivindicações jurídicas dos plebeus. (...) As XII tábuas foram destruídas no incêndio de Roma, quando da invasão dos Gauleses em 390 a.C.; duvida-se que tenham sido reconstituídas em 397 a.C., como defendem vários autores”. CRUZ, Sebastião. *Direito Romano (Ius Romanum)*. 4. Edição. Coimbra: Editora Coimbra, 1984, p. 182.

<sup>995</sup> O Prof. Sebastião Cruz apresenta vários argumentos para justificar que, embora a tradição tenha indicado que a Lei das XII Tábuas teria sido elaborada nos anos 451 a 449 a.C., a data que se afigura mais provável como sendo a de sua elaboração é o ano 450 a.C. CRUZ, Sebastião. *Direito...*, cit., 1984, p. 182.

somente seria aplicada caso não houvesse a composição do dano entre o agressor e a vítima.<sup>996</sup>

Durante o período de vigência da Lei das XII Tábuas não havia distinção entre responsabilidade civil ou penal<sup>997</sup>. Na verdade, existiam apenas sanções pelas condutas consideradas ilícitas pela civilização romana. Mas ainda assim pode-se afirmar que um importante pilar para o desenvolvimento da responsabilidade civil que vigora nos dias atuais começava a ser edificado<sup>998</sup>. Na vigência da aludida lei, as condutas ilícitas eram designadas delito (*delictum*), que nada mais era do que um ato ilícito sancionado com uma pena. O *delictum* podia ser de natureza pública ou privada, conforme ofendesse a comunidade romana ou um indivíduo isoladamente considerado. O *delictum* público era denominado *crimen* e sancionado por meio de pena corpórea (morte, exílio, trabalhos forçados, mutilação, etc.) ou pecuniária. Já o *delictum* privado, denominado simplesmente *delictum* ou *maleficium*, era punido com pena privada pecuniária<sup>999</sup>. O *delictum* privado, como é possível inferir, assemelha-se à ideia de ato ilícito, que é a conduta antijurídica que em regra faz emergir a responsabilidade civil no direito contemporâneo.<sup>1000</sup>

Após a vigência da Lei das XII Tábuas o Direito Romano deixou de ser um direito consuetudinário, para “princípios a ser um direito legítimo, baseado fundamentalmente na *lex* (em sentido amplo)”<sup>1001</sup>. Embora reconhecidamente valiosa a contribuição dada pela Lei das XII Tábuas ao tema da responsabilidade civil, não há dúvidas de que a *lex Aquilia* resultou num marco bem mais emblemático para o estudo da matéria, haja vista que tal

---

<sup>996</sup> Conforme o magistério de CRUZ, Sebastião. *Direito...*, cit., 1984, pp. 182 e ss.

<sup>997</sup> Dias, alertando sobre as diferenças entre responsabilidade civil e penal, também assevera sobre sua equivalência em certos aspectos: “(...). Reafirmamos, pois, que é quase o mesmo fundamento da responsabilidade civil e penal. As condições em que surgem é que são diferentes, porque uma é mais exigente do que a outra, quanto ao aperfeiçoamento dos requisitos que devem coincidir para se efetivar. E não pode deixar de ser assim. Tratando-se de pena, atende-se ao princípio *nulla poena sine lege*, diante do qual só exsurge a responsabilidade penal em sendo violada a norma compendiada na lei; enquanto a responsabilidade civil emerge do simples fato do prejuízo, que viola também o equilíbrio social, mas que não exige as mesmas medidas no sentido de restabelecê-lo, mesmo porque outra é a forma de consegui-lo. A reparação civil reintegra, realmente, o prejudicado da situação patrimonial anterior (pelo menos tanto quanto possível, dada a falibilidade da avaliação; a sanção penal não oferece nenhuma possibilidade de recuperação ao prejudicado; sua finalidade é restituir a ordem social ao estado anterior à turbação)”. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade...*, cit., 2011, p. 09.

<sup>998</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *A responsabilidade civil extracontratual no Direito Romano: análise comparativa entre os requisitos exigidos pelos romanos e os elementos de responsabilidade civil atualmente existentes*. In *Direito em Ação*, Brasília, v.10, n.1, jan./jun. 2013, pp. 13-44.

<sup>999</sup> Conforme JUSTO, António Santos. *Direito Privado Romano I (Parte geral)*. 3. Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 119.

<sup>1000</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *A responsabilidade...*, cit., 2013, pp. 13-44.

<sup>1001</sup> Segundo CRUZ, Sebastião. *Direito...*, cit., 1984, p. 200.

diploma reforçou a ideia de reparação de dano através do pagamento em pecúnia, bem assim passou a exigir, em alguma medida, a valoração do elemento subjetivo da conduta do ofensor.<sup>1002</sup>

A Lei Aquília é originária de um plebiscito proposto pelo tribuno Aquílio e foi votada provavelmente entre os anos 286 e 287 a.C., com vistas, segundo a doutrina especializada, a assegurar aos plebeus um mecanismo de reparação dos danos provocados aos seus bens pelos patrícios.<sup>1003</sup> Conforme leciona Dias, é na Lei Aquília que se esboça afinal, “um princípio regulador de reparação do dano”<sup>1004</sup>, pois embora se reconheça que não existia ainda uma *regra de conjunto*, nos moldes do direito moderno, era a aludida lei, sem dúvida alguma, “o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e fonte direta da moderna concepção da culpa *aquiliana*, que tomou da Lei Aquília o seu nome característico”.<sup>1005</sup>

Com efeito, o sistema romano de responsabilização extrai da interpretação da *lex Aquilia* o princípio pelo qual se pune a culpa por danos injustamente provocados a terceiros, independentemente de relação obrigacional preexistente. Funde-se aí a origem da responsabilidade extracontratual<sup>1006</sup>. Além disso, a partir da vigência da *lex Aquilia* não só os delitos públicos como também os conflitos de natureza privada passaram à tutela do Estado. O Estado passou, então, a intervir nos conflitos privados, fixando o valor dos prejuízos e obrigando a vítima a aceitar a composição, renunciando à vingança. Essa composição permaneceu no direito romano com o caráter de pena privada e como reparação, visto que não havia nítida distinção entre a responsabilidade civil e a penal.<sup>1007</sup>

Além do comportamento ilícito, cabe ressaltar, uma vez mais, que na vigência da *lex Aquilia* exigia-se que o dano fosse produzido diretamente pelo agente sobre a *res*, através de contato material, afora a comprovação de dolo ou culpa. Como ação penal, a *actio aquiliae* só podia ser proposta pelo *dominus* da *res* danificada; a ação era perpétua,

---

<sup>1002</sup> A valoração do elemento culpa na vigência da *Lex Aquilia* é tema controvertido e que será examinado adiante, em tópico próprio.

<sup>1003</sup> Digesto, Livro IX, Tít. II, fr. I, § 1: “*Quae lex Aquilia plebiscitum est, cum eam Aquilius tribunus plebis a plebe rogaverit*”.

<sup>1004</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade...*, cit., 2011, pp. 20-21.

<sup>1005</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade...*, cit., 2011, pp. 20-21.

<sup>1006</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 7. Edição. São Paulo: Atlas, 2007, p. 16.

<sup>1007</sup> CRUZ, Sebastião. *Direito...*, cit., 1984, p. 11.

*noxal*<sup>1008</sup> e concedida em *simplum* e *in duplum* respectivamente, contra quem confessasse ou recusasse ter cometido o ato danoso.<sup>1009</sup>

Pouco a pouco, como não poderia deixar de ser, a *lex Aquilia* foi se tornando ultrapassada, fazendo com que a *iurisprudencia* sugerisse ao pretor a sua extensão para diversos outros casos concretos, além de refletir sobre o nexo causal entre a ação e o dano, construindo assim conceitos jurídicos fundamentais em matéria de dano e de culpa, e oferecendo à dogmática e ao direito natural moderno os alicerces que permitiriam dar à responsabilidade civil por fato ilícito uma configuração nova e autônoma consagrada nos códigos modernos.<sup>1010</sup>

Se em relação ao período de vigência da lei das XII Tábuas não havia dúvidas em relação à desconsideração do requisito culpa, o estudo da *Lex Aquilia* concernente a este aspecto passou a dividir a opinião da doutrina especializada. Com efeito, alguns afirmam que o elemento culpa<sup>1011</sup> passou a ser essencial para a configuração do ato ilícito e conseqüentemente para a responsabilização do causador do dano enquanto outros sustentam que não há qualquer referência ao elemento subjetivo da conduta na vigência da *lex Aquilia*.<sup>1012</sup>

De fato, há motivos para a divergência, pois é possível perceber que o direito romano, mesmo após ter estabelecido uma noção aquiliana de responsabilidade, lida com a ideia de culpa apenas de forma acidental, pois o dever de reparação é estabelecido em função da existência do dano, e não em função prioritariamente da comprovação da conduta culposa que o teria desencadeado<sup>1013</sup>. Sobre tal divergência, Santos Justo afirma, a partir de uma análise sequencial da responsabilidade civil no Direito Romano, que embora a discussão sobre a culpa não encontrasse espaço no texto das Leis das XII Tábuas e

---

<sup>1008</sup> Por *noxalidade* entenda-se a possibilidade de propor a ação contra o *paterfamilias* ou o *dominus* pelo delito cometido pelo *filiusfamilias* ou o *servus*, ou ainda contra o proprietário do animal que tenha causado prejuízo a outrem.

<sup>1009</sup> Conforme JUSTO, António Santos. *Direito...*, cit., 2008, pp. 134-135.

<sup>1010</sup> JUSTO, António Santos. *Direito...*, cit., 2008, 135-136.

<sup>1011</sup> Conforme PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

<sup>1012</sup> Conforme ARANGIO-RUIZ. *Istituzioni di Diritto Romano*. 14ª edição. Napoli, 1978.

<sup>1013</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade...*, 2005, p. 77.

Aquília, com o passar do tempo o elemento subjetivo da conduta passou a ser considerado pelos romanos na aferição do ato ilícito.<sup>1014</sup>

Na sequência evolutiva do instituto da responsabilidade civil chega-se à Idade Média, normalmente demarcada pelos historiadores no período que transcorreu entre os séculos V e XV depois de Cristo. Durante essa vasta quadra da história, o direito foi fortemente influenciado pelas questões religiosas. Para alguns estudiosos, talvez a maior contribuição do Direito Canônico para o desenvolvimento da responsabilidade civil teria sido a criação do próprio termo em si – *responsabilitas* –, que, segundo Giselda Hironaka, é uma invenção do mundo cristão medieval, e apresentava, àquela época, um duplo fundamento: a ideia de compensação de um dano e também a noção de piedade.<sup>1015</sup> Mas não só. A partir da importante contribuição ofertada pelo Direito Romano, princípios de responsabilidade civil começaram a ser moldados e aperfeiçoados sobretudo na Europa Medieval e em especial emanados do direito francês, como, por exemplo, o direito à reparação apenas nos casos em que houvesse culpa, mesmo que leve, “separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência”.<sup>1016</sup>

Com a redescoberta do *Corpus Iuris Justinianeu* a partir da importante participação das universidades, o Direito Romano voltou a ocupar lugar de destaque nos estudos jurídicos, sobretudo naqueles relativos ao ressarcimento do dano. Sob a influência do Direito Canônico e mediante o trabalho dos glosadores, houve a expansão de alguns conceitos, especialmente o de *ação aquiliana*, que passou a sofrer progressivas restrições em seu caráter penal, a fim de que fosse adaptada aos novos princípios e às necessidades

---

<sup>1014</sup> Segundo Santos Justo, “Também o conceito de *iniuria* ia evoluindo: na sua dimensão objectiva enxertava-se o elemento subjectivo definido pelo vocábulo culpa (...). Parece-nos, no entanto, que esta evolução pode definir-se em dois momentos. No primeiro, que segundo RICCOBONO, decorre até o século II a. C. e é caracterizado pelo domínio absoluto dos *verba*, não há lugar para a consideração da *voluntas* e, portanto, para a censura de que a culpa é susceptível (...). No segundo, cujo início é assinalado no século II a.C., a *voluntas* começa a afirmar-se sucessivamente como típica e individual e termina com a desvalorização dos *verba*, reduzidos a simples modo de a declarar. Foi assim no âmbito dos negócios jurídicos e não teria sido diferente na *interpretatio legis* e das condutas lesivas de interesses alheios”. JUSTO, António Santos. *As acciones do dano aquiliano, nas actas do VII Congreso Internacional y X iberoamericano de derecho romano. El derecho penal: de Roma al derecho actual*. Madrid: Edisofer, S.L., 2005, p. 577.

<sup>1015</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade...*, cit., 2005, p. 58 e ss.

<sup>1016</sup> Conforme GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito...*, cit., 2009, p. 08.

da época. O direito comum medieval transformou a *ação aquiliana* em um instituto mais abstrato, aproximando-se, mais e mais, da elaboração de uma regra geral de ressarcimento do dano culposo e ilícito. Passou-se a admitir, por exemplo, o uso da *ação aquiliana* no caso de responsabilidade por omissão, exigindo-se, claramente, a culpa como elemento subjetivo, mesmo que na modalidade levíssima. Desse modo, foi sendo moldada no *direito comum* uma regra geral de responsabilidade civil, desvinculada do casuísmo e da taxatividade existentes no Direito Romano, e, nesse contexto, a ideia de que qualquer dano causado com culpa dava ensejo à reparação - e não mais à pena - acabou por solidificar-se.<sup>10171018</sup>

Somente nos séculos que se sucederam à Idade Média (em especial o século XVIII, durante o período do Iluminismo) é que houve a total distinção entre a responsabilidade civil e penal. A responsabilidade penal estabelecia-se perante o Estado, com imposição de penas, quando houvesse algum ilícito de natureza penal; a responsabilidade civil, diferentemente, estava circunscrita à sua função essencial de reparação de danos, no âmbito privado.<sup>1019</sup>

Pois bem, analisou-se que numa fase embrionária da evolução da responsabilidade civil os romanos adotaram o processo de enumerar casuisticamente “as hipóteses e os termos em que o autor de um facto lesivo ficava obrigado ao ressarcimento do dano causado (método casuístico ou princípio da enumeração)”<sup>1020</sup>, isto é, não existiam *cláusulas gerais*<sup>1021</sup> de responsabilidade civil àquela época. A partir da experiência romanística e já num segundo momento evolutivo, a cultura jurídica daquele período histórico percebeu que a ideia de enumerar os casos específicos a suscitarem a responsabilidade civil, devido à sua limitada abrangência, deveria ser substituída pela

---

<sup>1017</sup> Conforme a doutrina de LOPES, Othon de Azevedo. *Horizontes, Teoria e Linguagem da Responsabilidade Jurídica*. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2003, p. 134.

<sup>1018</sup> Para Sinde Monteiro, “Este sistema da culpa como fundamento geral mas exclusivo da *loss shifting* enquadrava-se bem com a sociedade de antanho. Os factos danosos eram pessoais. Se não foi o homem que causou o dano por culpa sua, era o destino, o prejuízo ficava com quem o sofria. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Rudimentos...*, cit., 2005, pp. 349-390.

<sup>1019</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. Vol. I, 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 528-529.

<sup>1020</sup> MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade...*, cit., 1978, p. 320.

<sup>1021</sup> Segundo Sinde Monteiro, “No direito romano não existiam cláusulas gerais de responsabilidade civil, antes previsões específicas (como a injúria), delitos ou quase-delitos, sistema que se manteve no âmbito da *Common Law*”. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Rudimentos...*, cit., 2005, pp. 349-390.

previsão de princípios gerais de responsabilidade civil<sup>1022</sup>, de modo a abarcar as mais diversas condutas antissociais que viessem a causar danos a terceiros. Começava a surgir “a armadura da responsabilidade civil extracontratual das legislações modernas”, que é a teoria clássica da culpa, que, como dito, recebeu do direito justinianeu a *culpa mater*, da qual nasceu o princípio genérico que seria cristalizado no Código de Napoleão.<sup>1023</sup>

Foi a partir desse contexto histórico que, bem adiante, foi elaborado o Código Civil francês de 1.804 (Código de Napoleão)<sup>1024</sup>, que consagrou, especialmente nos arts. 1.382 e 1.383, princípios gerais de grande relevância para a matéria<sup>1025</sup>, fazendo com que a responsabilidade civil galgasse novo estágio evolutivo.<sup>1026</sup>

O Código Napoleão<sup>1027</sup> incorporou a culpa<sup>1028</sup> (*faute*) como fundamento para o dever de reparar o dano; nada obstante, a reparação independia do grau de culpa. Como a *faute* era a essência da responsabilidade, não se cogitava reparação de dano sem um ato

---

<sup>1022</sup> O problema da enumeração casuística dos atos ilícitos, que também foi percebido e minimizado pelo *iurisprudencia* romana, foi solucionado a partir do Código Civil Francês de 1.804 (Código de Napoleão), que adotou um novo modelo, com a fixação de princípios gerais acerca da responsabilidade civil extracontratual, ampliando significativamente seu alcance e permitindo consequentemente que qualquer dano, desde que causado culposamente, pudesse ser reparado.

<sup>1023</sup> LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2ª edição revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1997, p. 19.

<sup>1024</sup> Percebe-se, pois, a adoção da teoria da culpa como pilar da responsabilidade civil no Código de Napoleão e em todos aqueles que sofreram influência do direito francês, a exemplo do Brasil e de todos os países da América do Sul, entre tantos outros.

<sup>1025</sup> O art. 1.382 do Código de Napoleão estabelece que: “*Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*”. (Qualquer ato que provoca um dano a outrem obriga aquele que foi a causa a reparar este dano). Tradução livre do autor.

Por sua vez, o art. 1383 contém o princípio da responsabilidade civil por ato ilícito, referida por nós como responsabilidade extracontratual ou aquiliana. O teor do dispositivo é o seguinte: “*Chacun est responsable du dommage qu’il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*”. (Cada um é responsável pelo dano que causou não somente por sua culpa, mas também por sua negligência ou por sua imprudência). Tradução livre do autor.

<sup>1026</sup> Conforme MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Rudimentos...*, cit., 2005, pp. 349-390.

<sup>1027</sup> “Nos idos de 1804 (dia 30 do mês Ventoso), do ano XII do calendário republicano, que corresponde ao dia 21 de março de 1804 no nosso calendário, foi promulgado o Código Civil dos Franceses, chamado também de *Code* Napoleão. A Assembléia Constituinte já o tinha prometido nos inícios da Revolução, ao declarar solenemente o intuito de fazer “um Código de leis civis comuns a todo o reino”, e o primeiro Cônsul, Napoleão Bonaparte, com a ajuda de grandes juristas afins ao novo regime, deu o impulso final que precisava a empresa codificadora. Foram três os intentos sucessivos de fazer um Código civil, encarnados nos projetos apresentados à Convenção por *Cambacérès* em 1793, 1794 e 1796, todos eles frustrados pelos avatares políticos da França revolucionária. Napoleão confiou a uma comissão governamental de quatro prestigiosos juristas (*Tronchet, Bigot do Préameneu, Maleville e Portalis*), a tarefa de refazer as propostas de *Cambacérès* e de redigir um projeto definitivo de Código civil. O resultado foi um texto jurídico articulado e uniforme, escrito com prosa clara, concisa e acessível que, pela clareza de sua redação, foi, e continua sendo, um extraordinário meio de conhecimento e de democratização do direito.” GÓMEZ, J. Miguel Lobato. *O código bicentenário*. Revista da EMERJ, v. 7, n. 26, Abril/Maio/junho, Rio de Janeiro: 2004, pp. 19-23.

<sup>1028</sup> Othon Lopes, replicando boa parte da doutrina francesa, afirma que no Código de Napoleão “a própria ilicitude adviria da culpa”. LOPES, Othon de Azevedo. *Horizontes...*, 2003, p. 134, p. 230.



voluntário e culpável.<sup>1029</sup> Diferentemente do que ocorre nos dias atuais, o foco da responsabilidade civil do *Code* de 1.804 estava no elemento subjetivo da conduta do agente e não, propriamente, no dano em si.

Mesmo a culpa sendo reconhecida até então como a essência da responsabilidade civil, percebeu-se que, apenas com base nela (a culpa), não era possível resolver um significativo número de casos<sup>1030</sup>, tornando-se imprescindível, já neste novo momento de evolução da responsabilidade civil, mudar o foco, isto é, centrar os olhares menos para a culpa e mais para o dano em si. Era a responsabilidade objetiva a exigir seu espaço, não em substituição ao regime anterior, mas de forma adesiva, situando-se lado a lado da envelhecida responsabilidade baseada exclusivamente na culpa, que já não atendia completamente os reclamos da sociedade por reparação.<sup>1031</sup>

Para Alvino Lima, a responsabilidade deve surgir exclusivamente do fato, pois o que se deve ter em vista é a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano e não a ideia de infligir uma pena ao autor do prejuízo causado. Nesse novo contexto histórico, em que a intensidade da vida se complexifica em razão de novos paradigmas econômicos, políticos e sociais, os dados econômicos modernos “determinam a responsabilidade fundada sobre a lei econômica da causalidade entre o proveito e o risco”.<sup>10321033</sup>

---

<sup>1029</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil...*, cit., 2009, p. 8.

<sup>1030</sup> Conforme Sinde Monteiro, “Irrompeu então, em ligação com o desenvolvimento da técnica dos seguros, um novo fundamento. Se alguém tirava proveito de uma particular fonte de riscos parecia justo que suportasse os encargos com as indenizações, mesmo sem culpa, teoria que, na França, acabou por fazer vencimento pelos finais do século XIX”. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Rudimentos...*, cit., 2005, pp. 349-390.

<sup>1031</sup> Vejamos a rica lição de Alvino Lima: “Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa não era possível resolver um sem-número de casos, que a civilização moderna criara e agravara; imprescindível se tornara, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano. O fim a atingir é exterior, objetivo, de simples reparação, e não interior e subjetivo, como na imposição de pena”. LIMA, Alvino. *Culpa...*, cit., 1997, p. 115.

<sup>1032</sup> LIMA, Alvino. *Culpa...*, cit., 1997, p. 116.

<sup>1033</sup> Em sentido semelhante, Sinde Monteiro assinala: “Esta posição, que ainda se mantinha dominante quando da publicação do código civil alemão (BGB) de 1900, estava em consonância com o espírito do liberalismo econômico, cujo coração é constituído pela imagem do homo oeconomicus, o cidadão economicamente emancipado e responsável, cuja capacidade de criação e desenvolvimento não deveria ser travada por um direito delitual que o onerasse excessivamente. O princípio da culpa, no conflito de interesses entre a conservação das posições jurídicas e a liberdade de agir, privilegia a liberdade de acção”, para em seguida complementar: “Manter-se o direito civil aferrado ao princípio da culpa implicaria, além do mais, deixar legiões de vítimas sem reparação”. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Rudimentos...*, cit., 2005, pp. 349-390.

O panorama histórico antes traçado permite enxergar que no âmbito privado, a responsabilidade civil transitou por vários momentos de adaptação à vida social, como, aliás, é a função do direito em si, a partir da ideia de que compete a cada geração travar “suas batalhas por reconhecimento de direitos”<sup>1034</sup>. Partiu-se, portanto, da vingança privada e chegou-se, mais de um milênio depois, à responsabilidade objetiva, com base nas teorias do risco, passando, no meio da longa caminhada, como visto, pela valiosa contribuição dos romanos principalmente no que tange à *Lex Aquilia* e a importante jurisprudência dos romanos sobre o assunto; pelo aprimoramento das ações de reparação de dano e sobretudo pelo esboço inicial de princípios gerais de responsabilidade civil cultivados na idade média; pela consagração de cláusulas gerais de responsabilidade e também pela elevação da culpa como essência e única fonte de responsabilidade civil estabelecidas pelo Código de Napoleão de 1.804; e, por fim, pela composição entre as responsabilidades baseadas na culpa e no risco como meio mais adequado a promover a justiça material nos séculos XX e XXI. Se, em poucas palavras, a responsabilidade extracontratual assim se desenvolveu no âmbito privado, a responsabilidade extracontratual do Estado, obviamente mais recente, desenvolveu um itinerário próprio, enraizado profundamente no direito *francês*, conforme será delineado a seguir.

### **3.4. Evolução histórica da responsabilidade civil extracontratual do Estado**

O estudo da responsabilidade civil, como instituto de direito privado, conforme já examinado, finca suas origens remotas no Direito Romano, sendo a partir daí desenvolvido e aprimorado ao longo de vários séculos. Quando se examina especificamente a responsabilidade civil extracontratual do Estado vê-se, igualmente, que as regras e princípios modernos que atualmente são aplicados também não nasceram da noite para o dia. Com efeito, se atualmente a possibilidade de responsabilizar patrimonialmente o Estado pelas ações ou omissões de seus agentes é uma realidade em todo o mundo, a história dá conta de que, até chegar ao estágio atual, o tema da responsabilidade civil

---

<sup>1034</sup> Conforme ACKERMAN, Bruce. *We the People*. Volume I Foundations. 4.<sup>a</sup> ed. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1993, p. 304.

extracontratual do Estado passou por diversas etapas de evolução, seguindo sempre constante trajetória de reconhecimento e ampliação dos direitos dos administrados.<sup>1035</sup>

A doutrina especializada normalmente menciona, com algumas pequenas variações, as seguintes teorias que foram desenvolvidas ao longo do tempo: da *irresponsabilidade* estatal, da responsabilidade *com culpa*, da *culpa administrativa* e, por fim, da responsabilidade *objetiva*.<sup>1036</sup> Vejamos separadamente cada uma delas.

Durante um longo período da história da humanidade simplesmente não era possível responsabilizar o Estado pela conduta de seus agentes, sob o argumento segundo o qual, no conhecido dizer de Laferrière, “é próprio da soberania impor-se a todos sem compensação”<sup>1037</sup>. Hoje, diferentemente, “a responsabilidade é a regra; a irresponsabilidade, exceção”<sup>1038</sup><sup>1039</sup>. Segundo Rivero, a irresponsabilidade do Estado aparecia, na primeira metade do século XIX, “como um corolário da soberania”<sup>1040</sup><sup>1041</sup>. Nesse contexto histórico, os danos eventualmente causados por agentes estatais a particulares eram suportados exclusivamente por estes, revelando uma situação injusta e desproporcional, mas em consonância com as circunstâncias políticas e religiosas da época<sup>1042</sup>. Portanto, durante os estados ditos *absolutos*, o poder público normalmente era considerado irresponsável pelos danos que provocasse aos particulares e a reparação de tais prejuízos somente ocorreria por uma graça do monarca<sup>1043</sup>. Não obstante o rigor teórico da

---

<sup>1035</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 404.

<sup>1036</sup> Nesse sentido, entre tantos: SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 404 e ss.; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen II, Tercera edición, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 475 e ss.; MARTÍN REBOLLO. *La responsabilidad patrimonial de la Administración en el panorama europeo*, Reda 24, 1980, p. 17 e ss.

<sup>1037</sup> A conhecida frase é de Edouard Laferrière, Conselheiro do *Conseil d'État* da França no século XIX, que ao se referir sobre eventuais danos ocasionados pelo exercício da função administrativa, explica que a regra que então dominava o direito era a da irresponsabilidade do Estado. LAFERRIÈRE, Edouard. *Traité de la juridiction Administrative et des recours contentieux*, vol. II, Berger-Levrant, 1887-1888 (Réimpression, LGDJ, 1989, p. 174).

<sup>1038</sup> GAUDEMET, Yves. *Droit...*, cit., 2005, p. 154.

<sup>1039</sup> No mesmo sentido a afirmação de Canotilho, ao explicitar que “No Estado de polícia, a irresponsabilidade estadual é, assim, a regra e a responsabilidade a exceção”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *O problema...*, cit., 1976, p. 39.

<sup>1040</sup> RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 307.

<sup>1041</sup> O princípio da irresponsabilidade apoiava-se em um princípio, reformulado por teóricos ingleses, segundo o qual o rei não pode cometer ilegalidade nem dano de nenhum tipo (the King can do no wrong). Conforme, entre tantos, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios...*, Volumen II, cit., 2002, p. 476.

<sup>1042</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 405.

<sup>1043</sup> No Estado absoluto, o poder público era considerado irresponsável pelos prejuízos que provocasse aos particulares (“the king can do no wrong”); a reparação de tais prejuízos só ocorreria por uma graça do monarca. Para tal entendimento contribuíram diversos factores: a herança da noção romana de *potestas*, a

teoria da irresponsabilidade, Freitas do Amaral esclarece que na prática tal rjeza se atenuava bastante<sup>1044</sup>, pois no período pós Revolução já começaram a surgir na França alguns casos específicos de responsabilidade objetiva do Estado.<sup>1045</sup>

A partir do surgimento da ideia de *estado de direito*, referido por Bobbio como o “governo de leis e não de homens”<sup>1046</sup>, passou a existir um terreno mais fértil para a responsabilização do Estado pelas condutas de seus agentes que causassem danos a terceiros. Devido sobretudo ao importante papel da jurisprudência francesa, pouco a pouco foi sendo reconhecido o declínio da teoria da irresponsabilidade do Estado, dada sua incompatibilidade com o novo direito que surgia<sup>1047</sup>. Sucessivamente, passaram a emergir, também a partir de julgados da jurisprudência francesa<sup>1048</sup>, que naquele momento se baseava, principalmente, nos princípios do constitucionalismo, teorias possibilitando a responsabilização do Estado pelos atos praticados pelos seus agentes.<sup>1049</sup> Embora tivesse sido dado o primeiro passo para o desenvolvimento da responsabilidade estatal, inicialmente nem todos os atos oriundos do Estado eram suscetíveis de fazer emergir sua

---

fundamentação divina do poder, as concepções bodiniana (“*la souveraineté n’est limitée, ni en puissance, ni em charge*”) e hobbesiana (“*principis legibus solutus*”) da soberania, bem como a imunidade de jurisdição da coroa (no direito britânico: teoria do non suability). SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2010, p. 12.

<sup>1044</sup> Segundo o magistério de Amaral, o rigor desses princípios de irresponsabilidade era bastante atenuado, pois, por um lado, eram consideráveis “as exceções abertas em detrimento da regra geral: as autarquias locais respondiam pelos danos causados, dado não serem entidades soberanas; o Estado respondia pela maior parte das suas atividades particulares, como por exemplo a gestão do domínio privado; e mesmo algumas actuações insusceptíveis de catalogação no elenco das atividades privadas, como a execução de obras públicas, podiam responsabilizar o Estado em virtude do disposto em leis especiais. Por outro lado, o facto de o Estado ser ainda abstencionista, não intervindo ou intervindo muito pouco na vida económica e social, limitada grandemente as oportunidades em que a sua acção podia ser geradora de danos para os particulares”. AMARAL, Diogo Freitas do. *Dirieto...*, cit., 1989, pp. 478-479.

<sup>1045</sup> Esclarece DUGUIT, todavia, que “não se encontra um texto da época (nem nas Declarações de Direitos, nem nas constituições e muito menos nas leis) que faça referência a uma responsabilidade *geral* do Estado”. DUGUIT, *Les transformations du droit public*. Paris: 1913, p. 222.

<sup>1046</sup> BOBBIO, Norberto. *Governo degli uomini o governo delle leggi?* In: *Il futuro della Democrazia*. Torino: Einaudi, 1995, p. 169.

<sup>1047</sup> Logo após a revolução francesa, ensina Sonia Sterman, surgiu um fato que passou a alterar a teoria da responsabilidade estatal. “Esse fato se originou da multidão enfurecida que danificou inúmeras propriedades particulares, os quais procuraram acionar o Estado para obter o ressarcimento de seus prejuízos. Porém, com o fito de proteger o erário francês das inúmeras ações, criou-se a distinção entre atos de império e atos de gestão, atribuindo somente a esses últimos (de gestão) a possibilidade de se obter o ressarcimento dos danos causados”. STERMAN, Sonia. *Responsabilidade do Estado*. 2ª ed. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2011, p. 28.

<sup>1048</sup> Rivero destaca a importância da jurisprudência francesa, que foi se desenvolvendo para propiciar um “alargamento contínuo da responsabilidade, sob a acção de factores convergentes: o aumento das atividades públicas, o desenvolvimento de ideias de solidariedade e de igualdade (...)”. RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 312.

<sup>1049</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, pp. 405-406.

responsabilidade, mas apenas os chamados *atos de gestão*<sup>1050</sup> e, ainda assim, com base na *culpa civil*. Em outras palavras, as teorias civilistas, que sucederam a fase da irresponsabilidade do Estado, faziam distinção, num primeiro momento, para fins de responsabilização do Estado, se o ato causador do dano era um *ato de império* ou *ato de gestão*<sup>1051</sup>, sendo possível naquele momento histórico a responsabilização apenas neste último caso.

Com o surgimento e, notadamente, o reconhecimento da autonomia<sup>1052</sup> do direito administrativo, a doutrina da época (século XIX) chegou a duas importantes conclusões, que podem ser assim sintetizadas: a) independentemente de ser o ato classificado como de gestão ou de império, não mais havia espaço para o Estado exonerar-se da responsabilidade pelos danos que seus agentes causassem a terceiros; b) a aplicação pura e simples da culpa civil, já naquele momento histórico não refletia o melhor direito, tendo em vista que o Estado se reveste de personalidade jurídica de direito público e, bem por isso, não poderia ser responsabilizado a partir de regras e princípios então aplicados a particulares.

Nesse contexto, foi desenvolvida a teoria da culpa administrativa ou culpa anônima, ou, ainda, da culpa de serviço (*faute du service*), que dispensava a identificação do agente público causador do dano, exigindo do administrado apenas a comprovação de que o prejuízo era resultante do mau funcionamento do serviço prestado pelo Estado.<sup>1053</sup> A culpa de serviço, como dito, materializa-se por meio de uma deficiência no funcionamento normal da atividade administrativa. Acerca disso, ensina Rivero que de qualquer serviço pode esperar-se certo *nível médio*, variável, ademais, consoante a sua missão e as circunstâncias. A culpa, segundo o mestre francês, surge *abaixo desse nível*<sup>1054</sup>. Para Cahali, “o que caracteriza a teoria publicística é a despessoalização da culpa, transformando-a, pelo anonimato do agente, em falha da máquina administrativa”.<sup>1055</sup> Noutros termos, a culpa de serviço não é imputável aos agentes a título pessoal; essa é a

---

<sup>1050</sup> RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 308.

<sup>1051</sup> Essa distinção foi idealizada como meio de abrandar a teoria da irresponsabilidade do monarca por prejuízos causados a terceiros. Passou-se a admitir a responsabilidade civil quando decorrente de atos de gestão e a afastá-la nos prejuízos resultantes de atos de império. Distinguiu-se a pessoa do Rei (insusceptível de errar – *the king can do no wrong*), que praticaria os atos de império, da pessoa do Estado, que praticaria atos de gestão, através de seus prepostos. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, cit., p. 598.

<sup>1052</sup> Conforme RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 312.

<sup>1053</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 407.

<sup>1054</sup> RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 320.

<sup>1055</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 34.

distinção entre a culpa de serviço e a culpa pessoal<sup>1056</sup>. A propósito, a distinção entre a responsabilidade da administração e a responsabilidade pessoal do agente público está baseada na oposição fundamental entre a falta de serviço (*faute du service*) e a falta pessoal (*faute personnelle*). Nos danos causados por culpa do serviço, que não é prestado de forma adequada pela administração, a responsabilidade será da própria administração; pelo contrário, é da responsabilidade do próprio funcionário, que responde em nome próprio, se a falta é a ele imputada a título pessoal (*TC, 30 juillet 1873, Pelletier, D., 1874.3.5, concl. David*).<sup>1057</sup>

A jurisprudência francesa, com destaque para o caso *Blanco*<sup>1058</sup>, foi decisiva para elaboração da teoria publicista e para o seu distanciamento da culpa civil, ao reconhecer que o caso em referência deveria ser julgado pelo Conselho de Estado e não por um Tribunal comum, e principalmente por afastar a aplicação dos princípios do direito privado ao aludido processo.

A teoria da culpa administrativa, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, representa o primeiro estágio entre “a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a falta do serviço para dela inferir a responsabilidade da Administração”.<sup>1059</sup> Tal teoria visava substituir a concepção anterior da *culpa do agente* pela ideia de culpa administrativa, compreendida por Duez, em clássica lição, como aquela que ocorre quando: “1) *le service a mal fonctionné (culpa in commitendo); 2) le service n’a pas fonctionné (culpa in omittendo); 3) le service a fonctionné tardivement*”<sup>1060</sup>. Assim, no que concerne ao não funcionamento do serviço, tem-se uma situação na qual o Estado deveria agir, porquanto obrigado; ao não agir quando deveria o Estado falha, sendo tal omissão ilícita e por isso as consequências de sua inação

---

<sup>1056</sup> RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 320.

<sup>1057</sup> Conforme GAUDEMET, Yves. *Droit...*, cit., 2005, p. 155.

<sup>1058</sup> “*Agnes Blanco*, em Bourdeaux, ao cruzar os trilhos que atravessavam a cidade, foi colhida por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, que transportava matéria prima de um para outro edifício, sofrendo graves lesões e tendo as pernas amputadas. Seu pai moveu ação visando receber indenização e, em 8 de fevereiro de 1873, o Tribunal de Conflitos decidiu que a competência para conhecer do caso era do Conselho de Estado e não do Tribunal Comum, afastando-se assim, a aplicação dos princípios do Direito Privado. Essa decisão tinha o mesmo sentido de outra, prolatada em 1855, no caso *Rotchild*, mas a decisão do Caso Blanco tornou-se célere como o marco do surgimento do direito Administrativo”. Conforme GANDINI, João Agnaldo Donizetti. *Responsabilidade do Estado em caso de Falência do Concessionário*. São Paulo: Minelli 2003, p. 81.

<sup>1059</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, cit., 2003, p. 623.

<sup>1060</sup> DUEZ, Paul. *La Responsabilité de la Puissance Publique (Em Dehors du Contract)*. Paris: Dalloz, 1938, p. 22.

são suscetíveis de reparação. E é assim porque o exercício de uma competência administrativa não se traduz em mera faculdade ou privilégio, mas inegavelmente num dever para o agente público. Tal assertiva, vale dizer, reflete uma alternativa encontrada pelo *Conseil d'État* para controlar o poder discricionário da administração. Em outras palavras, embora não seja a Administração obrigada a agir em alguns casos, por inexistir, propriamente, ilegalidade na inação, poderia o *Conseil d'État* declarar sua responsabilidade ante as consequências geradas especificamente por sua omissão.<sup>1061</sup>

Depois de uma evolução lenta, mas constante, a responsabilidade civil do Estado alcançou o modelo que se entende, atualmente, como o mais justo e eficaz para a composição dos danos provocados pela atuação estatal: a teoria da responsabilidade objetiva. Tal teoria dispensa a comprovação de culpa, contentando-se apenas com a ocorrência e a comprovação da ação estatal, do dano e do necessário nexos de causalidade entre a conduta e o prejuízo experimentado pelo particular<sup>1062</sup>. Prescindindo da aferição do elemento subjetivo, por certo que se torna muito mais fácil para o administrado responsabilizar o Estado pelos prejuízos causados por seus prepostos. Além disso, também o espectro da responsabilidade estatal é sensivelmente ampliado, pois, mesmo os atos lícitos<sup>1063</sup> que provoquem danos a terceiros passam a ser suscetíveis de reparação, algo inimaginável à luz das teorias anteriormente expostas.

A responsabilidade objetiva do Estado é respaldada no preceito da igualdade de todos ante os ônus e encargos da Administração, também denominado princípio da *solidariedade social*. Assim, se, em tese, todos se beneficiam das atividades da Administração Pública, todos (representados pelo Estado) devem compartilhar o ressarcimento dos danos que essas atividades possam causar a alguns<sup>1064</sup>. Nas lúcidas e sempre atuais palavras de Rivero, a atividade administrativa deve exercer-se no interesse de todos; conseqüentemente, se os danos que daí resultam para alguns não fossem reparados, “eles seriam sacrificados à coletividade, sem que nada pudesse justificar

---

<sup>1061</sup> DUEZ, Paul. *La Responsabilité...*, cit., 1938, pp. 29-30.

<sup>1062</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 408.

<sup>1063</sup> Sobre a responsabilidade do Estado por atos lícitos, deve-se destacar a importante doutrina de Canotilho, segundo a qual “O princípio da legalidade que no Estado de Polícia foi interpretado no sentido de só os actos lícitos serem imputados ao Estado, evolui no sentido contrário, entendendo-se ser o próprio princípio da legalidade que impele o Estado a garantir a regularidade da actuação administrativa. Neste ponto virá radicar a concepção da responsabilidade como garantia, posteriormente invocada como eventual fundamento da responsabilidade pública”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *O problema...*, cit., 1976, pp. 46-47.

<sup>1064</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19ª Edição. São Paulo: RT, 2015, p. 432.

semelhante discriminação. A indenização restabelece o equilíbrio afetado em seu detrimento”.<sup>1065</sup>

Como não se investiga sobre o elemento subjetivo da conduta, não restam dúvidas que a responsabilidade objetiva facilita sobremaneira a busca pela reparação do dano por parte do lesado. O fundamento para a responsabilidade objetiva, no Brasil, é a *teoria do risco administrativo* (esclareça-se que tal expressão é utilizada muitas vezes para designar a própria responsabilidade objetiva, ou seja, para muitos são expressões sinônimas)<sup>1066</sup>. No Direito brasileiro a compreensão do tema apresenta pequena variação em relação a alguns outros sistemas: a espécie de responsabilidade civil do Estado é, como regra, *objetiva*; seu fundamento<sup>1067</sup> é a *teoria do risco administrativo*<sup>1068</sup>, que acaba por impor limites à responsabilização estatal, pois garante que apenas os prejuízos decorrentes da ação ou omissão do Estado ou de seus delegados é que devem por estes serem suportados e não quaisquer outros danos eventualmente experimentados pelos administrados, não advenientes do poder administrativo.

Pois bem, como visto, até meados do século XIX vigorou a teoria da *irresponsabilidade* do Estado e após vários degraus evolutivos chegou-se ao modelo que para muitos seria o ápice da evolução da responsabilidade civil – a teoria da responsabilidade objetiva. Não obstante, mesmo a responsabilidade objetiva parece envelhecer, pois já há vozes que sustentam que responsabilizar objetivamente o Estado é muito pouco; exige-se hoje não só a reparação de danos imputados ao Estado, mas, antes, a evitação dos prejuízos causados por particulares a terceiros, em razão do dever imputado ao Estado de garantidor dos direitos fundamentais dos cidadãos.<sup>1069</sup>

---

<sup>1065</sup> RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 308.

<sup>1066</sup> O que evidentemente é um claro equívoco conceitual.

<sup>1067</sup> Nesse sentido CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, cit., 2016, pp. 582-583.

<sup>1068</sup> Segundo José dos Santos Carvalho Filho, “Em tempos atuais, tem-se desenvolvido a teoria do risco social, segundo a qual o foco da responsabilidade civil é a vítima, e não o autor do dano, de modo que a reparação estaria a cargo de toda sociedade, dando ensejo ao que se denomina de socialização de riscos – sempre com o intuito de que o lesado não deixe de merecer a justa indenização pelo dano sofrido. A referida teoria, no fundo, constitui mero aspecto específico da teoria do risco integral, sendo que para alguns autores é para onde se encaminha a responsabilidade civil do Estado: seria este responsável mesmo se os danos não lhe forem imputáveis. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, cit., 2016, p. 583.

<sup>1069</sup> “Há, atualmente, nesta segunda década do século XXI, uma nova fase, que é o Estado como garantidor dos direitos fundamentais. Não basta, portanto, uma postura de abstenção estatal, no sentido – hoje insuficiente – de não causar danos. Isso ficou no passado, no museu das ideias. Hoje é imprescindível que o Estado assuma uma postura ativa no sentido de resguardar os cidadãos das agressões de terceiros”. BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual...*, cit., 2014, p. 57.



Após análise histórica, primeiramente em caráter geral do instituto da responsabilidade civil e num segundo momento especificamente da responsabilidade estatal, passa-se agora ao exame da complexa atividade estatal desenvolvida neste início de século e sua *vocação* para a causação de danos injustos a particulares. Analisar-se-á em seguida, pois, a *nova* função administrativa exercida pelo Estado – e por seus delegados – e suas consequências para o campo da responsabilidade estatal.

### **3.5. A função administrativa atual e sua perspectiva enquanto fonte geradora de novos danos**

A Administração Pública do século XXI não é a mesma do passado, assim como as necessidades dos administrados de hoje já não coincidirão com os anseios da sociedade de amanhã. Em razão desse normal dinamismo, não há correspondência entre a função administrativa de outrora e o amplo feixe de atribuições ora confiado à Administração Pública. Pode-se dizer, pois, que um dos problemas do Direito Administrativo contemporâneo é exatamente a fixação ou mesmo delimitação das atividades de competência da Administração Pública, em comparação com outras tarefas estabelecidas pela ordem jurídica como sendo atribuições das demais funções do Estado. Tal dificuldade indica que os “novos problemas colocados pela gestão nacional de interesses públicos globais”<sup>1070</sup> não mais encontram ressonância na ideia tradicional de função administrativa, sobretudo na *sociedade de risco* desenhada por Beck<sup>1071</sup>, em que os danos, cada vez mais frequentes, se materializam como uma decorrência natural da modernização<sup>1072</sup> impulsionada pelo fenômeno da globalização.<sup>1073</sup><sup>1074</sup>

---

<sup>1070</sup> SILVA, Suzana Tavares da. *Um novo Direito Administrativo?* Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, p.11.

<sup>1071</sup> BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial – Em busca de la seguridad perdida*. Traducción de Rosa S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2008, p. 23 e ss.

<sup>1072</sup> BECK, Ulrich. *La sociedade...*, cit., 2008, p. 23 e ss.

<sup>1073</sup> Ferrajoli leciona no sentido de que o Estado atualmente “É grande demais para a maioria das suas atuais funções administrativas, as quais exigem, até mesmo onde os impulsos desagregadores ou separatistas não atuam, formas de autonomia e de organização federal que contrastam com os velhos moldes centralizadores. Mas, sobretudo, o Estado é pequeno demais com respeito às funções de governo e de tutela que se tornam necessárias devido aos processos de internacionalização da economia e às interdependências cada vez mais sólidas que, na nossa época, condicionam irreversivelmente a vida de todos os povos da terra”. FERRAJOLI, Luigi. *A soberania do mundo moderno*. Tradução: Carlo Coccioli e Francisco Lauria. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 50-51.

<sup>1074</sup> Wald e Giancoli acrescentam que “O desenvolvimento da noção de responsabilidade civil não se explica somente pelos fatores econômicos e sociais, mas também pela psicologia particular do homem do nosso

Deveras, as transformações pelas quais passou – e ainda passa e passará – o Estado moderno, desde a ascensão do Estado Social até o seu colapso, verificado nas últimas décadas do século XX, somadas à emergência do estado democrático de direito, agravaram o descompasso entre as velhas categorias e as reais necessidades e expectativas das sociedades contemporâneas em relação à Administração Pública<sup>10751076</sup>. A partir dessa nova realidade e dos fatores a ela conexos, pode-se afirmar, em suma, que vivemos um momento em que “as considerações dogmáticas sobre o que o *Direito Administrativo* é ameaçam ruir diante daquilo que as discussões zetéticas afirmam que *ele deve ser*”.<sup>1077</sup>

Nesse contexto de coisas, o atual rol de atribuições da Administração Pública acaba por revelar um inédito protagonismo que no passado pertencia aos demais poderes, nomeadamente ao Legislativo. A função administrativa atual, além de dinâmica, é muito mais densa e complexa do que aquela definida tradicionalmente pela doutrina administrativista. Bem por isso, exige-se nos dias atuais que a função administrativa seja exercida com uma operatividade compatível com as novas demandas reclamadas pelos administrados deste começo de século. Por conta desse dinamismo característico da *nova* função administrativa, uma de suas faces que é o poder-dever de expedir regulamentos, ganha nova autoridade nos dias atuais, por materializar uma forma mais “leve e flexível”<sup>1078</sup> de agir quando comparada ao processo legislativo ordinário, circunstância que propicia à Administração Pública, ao menos em teoria, o atendimento *a tempo e a modo* das necessidades administrativas cotidianas.<sup>1079</sup>

---

tempo, que se recusa a crer no inevitável, na fatalidade, no acidente causado pela vida, procurando sempre um responsável pelos danos e prejuízos que sofre”. WALD, Arnold; GIANCOLI, Bruno Pandori. *Direito Civil - Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22.

<sup>1075</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 05.

<sup>1076</sup> Gustavo Justino de Oliveira traz um bom exemplo dos riscos que se avolumam a cada dia, em áreas como o meio ambiente, a química, a genética, a energia nuclear, etc., que podem acarretar, às vezes muitos anos depois, graves danos à população. É o caso, no Brasil – entre outros países – da liberação pelo Poder Público de plantio e produção de alimentos transgênicos. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Responsabilidade civil do Estado: reflexões a partir do direito fundamental à boa Administração Pública*. In *Revista dos Tribunais*: RT, v. 97, n. 876, São Paulo, out. 2008, pp. 44-51.

<sup>1077</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Temas...*, cit., 2008, p. 04.

<sup>1078</sup> JOUVENEL, Bertrand de. *Sur L'Evolution des Formes de Gouvernement*. Paris: Librairie Hachette, 1972, p. 77.

<sup>1079</sup> Trata-se, em verdade, de uma referência ao direito fundamental à boa administração, que deve englobar, em matéria de responsabilidade civil do Estado, o direto, rápido e justo adimplemento das obrigações estatais de reparação de danos oriundos de suas atividades. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Responsabilidade civil...*, cit., 2008, pp. 44-51.

Dentro desse novo cenário de constante transformação administrativa e social, emerge, pois, um novo papel a ser desempenhado pela Administração Pública, porquanto os “poderes públicos de autoridade”<sup>1080</sup>, referenciados no passado como uma exclusividade estatal, hoje inequivocamente não mais se enquadram nesta condição. Com efeito, os poderes de autoridade, em nossos tempos podem e comumente são exercidos até mesmo por particulares, quando no exercício de função administrativa delegada pelo Estado<sup>1081</sup>, provocando em alguma medida e por paradoxal que possa parecer, certo esvaziamento do poder estatal<sup>1082</sup>, mas, por outro lado, um alargamento dos danos provocados pelo exercício – ou pelo não exercício – da função administrativa.

Deveras, a constatação de Pedro Gonçalves segundo a qual a função administrativa é exercida, em tempos hodiernos, até mesmo por entidades privadas<sup>1083</sup>, bastando para tanto estas estejam investidas de poderes públicos administrativos, traz em si uma evidente consequência: o acréscimo potencial de novos danos que podem ser causados a particulares em decorrência dessa atuação. O tema da responsabilidade estatal ganha assim novos contornos, pois, a exemplo do que ocorre no Brasil, a ordem jurídica engloba sob o rótulo da “responsabilidade do Estado” os danos provocados pelas pessoas jurídicas de direito público – que integram realmente a estrutura orgânica do Estado – e também as pessoas jurídicas de *direito privado prestadoras de serviços públicos*<sup>1084</sup>, que embora de natureza privada, se assumem como membros da Administração Pública (sentido

---

<sup>1080</sup> O professor Pedro Gonçalves apresenta a seguinte definição de poder de autoridade: “o poder abstracto – estabelecido por uma norma de direito público – conferido a um sujeito para, por acto unilateral praticado no desempenho da função administrativa, editar regras jurídicas, provocar a produção de efeitos com repercussão imediata na esfera jurídica de terceiros, produzir declarações às quais a ordem jurídica reconhece uma força especial ou ainda empregar meios de coação sobre pessoas e coisas”. GONÇALVES, Pedro. *Entidades...*, cit., 2008, p. 608.

<sup>1081</sup> GONÇALVES, Pedro. *Entidades...*, cit., 2008, p. 595.

<sup>1082</sup> Ensina Castells que “Os esforços do Estado para restaurar sua legitimidade por meio da descentralização do poder administrativo, delegando-os às esferas regionais e locais, estimulam as tendências centrífugas ao trazer os cidadãos para a órbita do governo, aumentando, porém, a indiferença destes em relação ao Estado-nação. Assim, enquanto o capitalismo global prospera e as ideologias nacionalistas demonstram seu vigor em todo o mundo, o Estado-nação, cuja formação está historicamente situada na Idade Moderna, parece estar perdendo seu poder”. CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução Roneide Venâncio Majer com a colaboração de Klaus Brandini Gerhardt. 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 287.

<sup>1083</sup> Pedro Gonçalves explica que “os poderes privados (de autoridade) exteriorizam-se através de actos individuais e concretos (ordens, proibições, punições), mas também através da edição de actos normativos (poder normativo privado)”, exemplificando em seguida, no contexto das relações escolares, os poderes das instituições privadas de ensino e dos respectivos professores relativamente aos estudantes. GONÇALVES, Pedro. *Entidades...*, cit., 2008, p. 613.

<sup>1084</sup> Conforme art. 37, § 6º da Constituição de 1988.

funcional)<sup>1085</sup>, pelo fato, vale repetir, de exercerem função administrativa, compreendida genericamente como sendo qualquer “modo de execução de uma tarefa pública”.<sup>10861087</sup>

Com uma função administrativa tão vasta e multifacetada, não é difícil perceber que o risco de causar danos às pessoas em decorrência de tal atividade aumenta exponencialmente a cada dia, razão pela qual o instituto da responsabilidade civil do Estado, hoje mais do que nunca assume importância vital para a sociedade. Se, como visto, a atuação do Estado ou de seus prepostos cria um risco natural para as pessoas, sua omissão, igualmente, pode gerar graves lesões a particulares. Portanto, a *inatividade normativa qualificada* da Administração, precisamente no que concerne a não expedição de regulamentos administrativos, que é o tema que se pretende enfrentar nesta pesquisa, à evidência também é fonte de responsabilidade estatal, sobretudo quando direitos franqueados pela Constituição ou pela lei são suprimidos ou restringidos em decorrência do silêncio regulamentatório da Administração.

Em relação às omissões administrativas, mas não apenas, percebe-se que a doutrina acerca da responsabilidade extracontratual do Estado necessita ser reequacionada para, a um só tempo, impulsionar o cumprimento dos deveres prestacionais pelo Estado, mas também – e principalmente – reparar os danos injustos gerados pela crônica e muitas vezes inexplicável omissão das autoridades públicas. A solução do problema das omissões públicas, notadamente as de índole normativa, perpassa necessariamente, no dizer de Juarez Freitas, pela aplicação do princípio da proporcionalidade, que indica neste caso um “duplo movimento, que pressupõe assimilar a proporcionalidade como proibição simultânea de excessos e de *inoperância*”<sup>1088</sup> do poder público.

---

<sup>1085</sup> GONÇALVES, Pedro. *Entidades...*, cit., 2008, p. 651.

<sup>1086</sup> GONÇALVES, Pedro. *Entidades...*, cit., 2008, p. 543.

<sup>1087</sup> Segundo a doutrina de Gustavo Oliveira, “Com os processos de reforma e de modernização do Estado, levados a efeito no mundo nas duas últimas décadas, esperava-se que houvesse uma retração no âmbito de atividades desenvolvidas pelo Estado. Isto não somente não ocorreu, como o Estado passou a desenvolver atividades especializadas antes não exercidas, como é o caso da atividade regulatória, que cada vez mais interfere nos direitos e nas liberdades individuais. (...) Nas ações que eram tidas como ações normais da Administração – por exemplo, a execução de políticas públicas – o Estado vem realizando parcerias com a iniciativa privada lucrativa, ou mesmo com as organizações não-governamentais, o que desencadeia teorias recentes como a teoria das responsabilidades públicas, que abarcam entidades privadas lucrativas e não-lucrativas (Terceiro Setor), mesmo nos casos em que não exista uma direta delegação de execução de atividades públicas do Estado a estas entidades”. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Responsabilidade civil...*, cit., 2008, pp. 44-51.

<sup>1088</sup> FREITAS, Juarez. *Responsabilidade...*, cit., 2006, p. 170.

Conclui-se, pois, que nesse novo cenário de riscos e incertezas, faz-se necessária a construção de um novo modelo de responsabilidade civil do Estado, que se fundamente numa função mais preventiva e precaucional<sup>1089</sup>. O Estado, nessa nova perspectiva, terá por objetivo “assegurar e não somente reparar”<sup>10901091</sup>. Para além do caráter preventivo antes mencionado, que em várias situações não se mostra viável, esse novo modelo de responsabilidade estatal deve desapegar-se das concepções objetivistas e subjetivistas e fixar-se no *dano* e, no caso específico de prejuízos causados por omissão, na *ilicitude* da conduta, conforme será abordado adiante, em tópico próprio.

### **3.6. A teoria do risco administrativo como fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado na ordem jurídica brasileira**

A teoria do risco *administrativo*<sup>1092</sup>, que serve como fundamento<sup>1093</sup> para a responsabilidade objetiva do Estado no direito brasileiro, indica que não é qualquer prejuízo experimentado por um particular que será ressarcido pelo Estado, mas apenas aquele que se conexas com o exercício da função administrativa<sup>1094</sup>. Daí a expressão risco *administrativo*, que significa que o Estado, pelo grande número de tarefas que comumente executa e também pela complexidade que delas deriva, assume naturalmente certos riscos que são inerentes a tais atividades, devendo por isso indenizar sempre que eventual dano a terceiros resultar dessas prestações ou, igualmente, das omissões relativas

---

<sup>1089</sup> BORDA, Daniel Siqueira. *A Responsabilidade civil do Estado à luz dos desafios impostos pela sociedade de risco*. In Revista de Direito Administrativo Contemporâneo: ReDAC, V. 1, maio/junho 2013, pp. 221-241.

<sup>1090</sup> Para Daniel Borda, “a mera indenização, diante da constatação de novos danos catastróficos causados pelo desenvolvimento tecnológico, não é suficiente, pois sequer há tal possibilidade. Antes de tudo, torna-se imperativo que o direito regule condutas de prevenção e precaução frente aos novos riscos”. BORDA, Daniel Siqueira. *A Responsabilidade...*, cit., 2013, pp. 221-241.

<sup>1091</sup> No mesmo sentido, Jacques Chevallier assevera que essa elevação dos riscos da sociedade atual demanda o uso de novas estratégias, que consistem na adoção de medidas não somente reparadoras, mas também de natureza preventiva. CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, p. 68 e ss.

<sup>1092</sup> Alguns autores, como Sergio Cavalieri Filho, entendem que, no caso excepcional de dano nuclear (art. 21, XXIII, “d”, da Constituição de 1988), o legislador constituinte teria feito opção pela teoria do risco integral. FILHO, Sérgio Cavalieri Filho. *Programa...*, cit., 2012, p. 155 e ss.

<sup>1093</sup> Segundo o Ministro Celso de Mello, relator no julgamento do Recurso Extraordinário n. 109.615/RJ: “A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão”. (STF, RE 109.615/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 02.08.1996).

<sup>1094</sup> Lembrando que as funções legislativa, jurisdicional e política também são passíveis de provocar danos a terceiros e, em tese, igualmente suscetíveis de responsabilização do Estado, no entanto, não serão objeto de análise neste trabalho, em face da delimitação inicialmente traçada.

a essas atividades, pouco importando, em regra, se a atuação estatal é lícita ou ilícita<sup>1095</sup>. Relembrando lição sempre atual de Josserand, quem cria o risco deve suportar suas consequências, caso este risco venha efetivamente a gerar um dano a outrem, independentemente de qualquer falta cometida.<sup>1096</sup>

Segundo o magistério de Cavalieri Filho, a teoria do risco, adaptada para a atividade pública, serviu como base de sustentação para a responsabilidade objetiva do Estado, resultando a partir daí a teoria do *risco administrativo*. Tal teoria, em outras palavras, significa que a Administração Pública, em decorrência de suas atividades cotidianas, acaba por gerar risco de dano à coletividade; considerando que as atividades são exercidas em favor de todos, não seria justo que apenas alguns arcassem com os ônus por elas gerados, motivo pelo qual deve o Estado, como representante do *todo*, suportar os ônus, independente de culpa de seus agentes. Essa teoria se consubstancia numa forma democrática de compartilhar os ônus e encargos sociais por todos aqueles que são beneficiados pela atividade administrativa do Estado<sup>10971098</sup>, permitindo, não obstante, que o Estado possa afastar sua responsabilidade em algumas hipóteses que serão examinadas posteriormente e que não decorrem de sua atuação.

Sousa e Matos relatam que não existe acordo na doutrina acerca do exato fundamento da imputação pelo risco. Assim, no dizer dos mencionados autores portugueses, para a teoria da *criação do risco* a responsabilidade funda-se na exigência de que quem cria um risco deve responder pelas suas consequências. Já quando se fala sobre a teoria do *risco-proveito*, a responsabilidade funda-se na exigência de quem tira proveito de uma atividade responda pelos riscos por ela criados. Por fim, há destaque na doutrina também para teoria do *risco de autoridade*, a qual sustenta que a responsabilidade funda-se na exigência de que quem tem sob seu controle uma coisa ou uma atividade responda pelos

---

<sup>1095</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 409.

<sup>1096</sup> JOSSERAND, Louis. *Evolução da Responsabilidade Civil*. In Revista Forense, vol. 86, Rio de Janeiro, ano 38, abril de 1941, pp. 548-559.

<sup>1097</sup> A teoria do risco administrativo é sintetizada da seguinte forma por Sergio Cavalieri: “a Administração gera risco para os administrados, entendendo-se como tal a possibilidade de dano que os membros da comunidade podem sofrer em decorrência da normal ou anormal atividade do Estado. Tendo em vista que essa atividade é exercida em favor de todos, seus ônus devem ser também suportados por todos, e não apenas por alguns. Consequentemente, deve o Estado suportar os ônus da sua atividade, independentemente de culpa dos seus agentes”. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa...*, cit., 2012, p. 257.

<sup>1098</sup> No mesmo sentido: PALAZZO, José Luis. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Buenos Aires: Depalma, 1995, pp. 33-34.

riscos que elas envolvem.<sup>1099</sup> Para Georges Ripert, “não é por ter causado o risco que o autor é obrigado à reparação, mas sim porque o causou injustamente, o que não quer dizer contra o direito, mas contra a justiça”.<sup>1100</sup>

Além do risco administrativo, fala-se ainda no Brasil acerca da teoria do risco integral, que, segundo Meirelles, seria a modalidade extremada da doutrina do risco administrativo, “abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Para essa fórmula radical, a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima”<sup>1101</sup>. A teoria do risco integral seria “o elo final da corrente publicística, doutrina objetiva por excelência, pois não indaga da culpabilidade do agente, nem da natureza do ato praticado, e muito menos das condicionantes do serviço público, abandonando construções subjetivas”.<sup>11021103</sup>

No risco integral, portanto, a responsabilidade sequer depende da comprovação de nexos causal e ocorre, em tese, até mesmo quando a culpa é da própria vítima. Carvalho Filho exemplifica, dizendo que o Estado teria que indenizar o indivíduo que se atirou deliberadamente à frente de uma viatura pública, para na sequência concluir que “é evidente que semelhante fundamento não pode ser aplicado à responsabilidade do Estado, só sendo admitido em situações raríssimas e excepcionais”<sup>11041105</sup>. Não obstante a recusa da doutrina administrativista pela teoria do risco integral em decorrência dos excessos que lhe são próprios, o Superior Tribunal de Justiça, pelo menos em matéria ambiental, parece

---

<sup>1099</sup> SOUZA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito...*, cit. p. 38.

<sup>1100</sup> RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. 2ª ed. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002, p. 226.

<sup>1101</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito*, cit., 2009, p. 658.

<sup>1102</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 776.

<sup>1103</sup> Para Cavalieri Filho, “a teoria do *risco integral* é uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexo causal. Mesmo na responsabilidade objetiva, conforme já enfatizado, embora dispensável o elemento culpa, a relação de causalidade é indispensável. Pela teoria do *risco integral*, todavia, o dever de indenizar se faz presente tão só em face do dano, ainda nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou de força maior. Dado o seu extremo, o nosso Direito só adotou essa teoria em casos excepcionais”. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2012, p. 155.

<sup>1104</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, cit., 2016, pp. 582-583.

<sup>1105</sup> Mas há casos em que a doutrina sustenta a aplicação da teoria do risco integral. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “diante de normas que foram sendo introduzidas no direito brasileiro, surgiram hipóteses em que se aplica a teoria do risco integral, (...) É o que ocorre nos casos de danos causados por acidentes nucleares (art. 21, XXIII, “d”, da Constituição Federal) e também na hipótese de danos decorrentes de atos terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras, conforme previsto nas Leis nºs 10.309, de 22.11.01, e 10.744, de 9.10.03”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, cit., 2013, pp. 647-648.

consolidar seu entendimento pela adoção de tal teoria em caso de dano ao meio ambiente.<sup>11061107</sup>

Pois bem, foi visto que à luz da teoria do risco administrativo, que é o fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado no direito brasileiro, a vítima, para pleitear eventual indenização em desfavor do Estado, deve comprovar que o prejuízo resultou de uma conduta estatal (ação ou omissão), além do nexo de causalidade a uni-los. Conclui-se, em vista de tal panorama, que há hipóteses em que a responsabilidade do Estado será excluída, como nos casos em que o dano decorrer de força maior ou ato de terceiro (incluindo o próprio lesado), entre outros, que serão abordados oportunamente.

Para além das teorias do risco administrativo, adotada como regra no Brasil, e do risco integral, adotada em caráter excepcionalíssimo pelo direito brasileiro, ainda há na doutrina moderna outras teorias relacionadas ao *risco*, cuja aplicação se desenvolve quase que exclusivamente no âmbito do direito privado, razão pela qual não merecerão aprofundamento nesta pesquisa. São elas: teoria do *risco-proveito*<sup>1108</sup>, do *risco profissional*<sup>1109</sup>, do *risco excepcional*<sup>1110</sup> e, por fim, do *risco criado*.<sup>1111</sup>

---

<sup>1106</sup> (...) A legislação de regência e os princípios jurídicos que devem nortear o raciocínio jurídico do julgador para a solução da lide encontram-se insculpidos não no código civilista brasileiro, mas sim no art. 225, § 3º, da CF e na Lei 6.938/81, art. 14, § 1º, que adotou a teoria do risco integral, impondo ao poluidor ambiental responsabilidade objetiva integral. Isso implica o dever de reparar independentemente de a poluição causada ter-se dado em decorrência de ato ilícito ou não, não incidindo, nessa situação, nenhuma excludente de responsabilidade. Precedentes. (...) (AgRg no REsp 1412664/SP -T4 - Quarta Turma -DJe 11/03/2014).

<sup>1107</sup> No mesmo sentido: (REsp 1175907/MG-T4 - Quarta Turma - DJe 25/09/2014).

<sup>1108</sup> “Pela teoria do *risco-proveito*, responsável é aquele que tira proveito da atividade danosa, com base no princípio de que, onde está o ganho, aí reside o encargo – *ubi emolumentum, ibi onus*”. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2012, p. 153.

<sup>1109</sup> “A teoria do *risco profissional* sustenta que o dever de indenizar tem lugar sempre que o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado. Foi ela desenvolvida para justificar a reparação dos acidentes ocorridos com os empregados no trabalho ou por ocasião dele, independentemente de culpa do empregador”. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2012, p. 153.

<sup>1110</sup> “Para os adeptos do *risco excepcional*, a reparação é devida sempre que o dano é consequência de um risco excepcional, que escapa à atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que normalmente exerça. A título de exemplo, podem ser lembrados os casos de rede elétrica de alta tensão, exploração de energia nuclear, materiais radioativos etc.”. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2012, p. 154.

<sup>1111</sup> Para a teoria do risco criado, “aquele que, em razão de sua atividade ou profissão, cria um perigo, está sujeito à reparação do dano que causar, salvo prova de haver adotado todas as medidas idôneas a evita-lo”. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2012, p. 154.



### 3.7. A responsabilidade civil extracontratual do Estado no direito brasileiro: aspectos práticos e teóricos

O ordenamento jurídico brasileiro jamais adotou a teoria da irresponsabilidade do Estado<sup>1112</sup>. No entanto, a Constituição Imperial de 1824<sup>1113</sup> e a Republicana de 1891<sup>1114</sup> atribuíram aos agentes públicos – e não diretamente ao Estado – a responsabilidade pelos danos provocados por seus atos, por abusos e omissões. Portanto, nas primeiras constituições brasileiras a responsabilidade pelas condutas dos agentes públicos não era imputada ao Poder Público, mas diretamente ao agente causador do dano, que deveria responder pela conduta danosa.<sup>1115</sup>

A Constituição de 1934<sup>1116</sup>, modificando o quadro então vigente, passou a prever a responsabilidade *solidária* entre o agente público causador do dano e o próprio Estado, quando configurada culpa ou dolo do agente estatal. A Constituição de 1937<sup>1117</sup> limitou-se a reproduzir o mesmo texto da Carta de 1934. A Constituição de 1946<sup>1118</sup>, por sua vez, deu um salto evolutivo, passando a adotar a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, situação que permaneceu durante a vigência da Carta de 1967<sup>1119</sup>. Por fim, a Constituição

---

<sup>1112</sup> Para Amaro Cavalcanti, mesmo não existindo àquela época normas legais fixando a responsabilidade civil extracontratual do Estado pelos danos advenientes de sua atuação, em nenhum momento prevaleceu a teoria irresponsabilidade estatal, ainda que a jurisprudência tenha deixado espaço para situações excepcionais, em atenção aos fins e interesses superiores do Estado. CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade Civil do Estado*. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsó, 1956, p. 611. No mesmo sentido: CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa...*, cit., 2012.

<sup>1113</sup> Constituição Imperial de 1824: “Art. 179. (...) XXIX. Os Empregados Publicos são strictamente responsaveis pelos abusos, e omissões praticadas no exercicio das suas funcções, e por não fazerem effectivamente responsaveis aos seus subalternos”.

<sup>1114</sup> Constituição Republicana de 1891: “Art 82 - Os funcionários públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões em que incorrerem no exercicio de seus cargos, assim como pela indulgência ou negligência em não responsabilizarem efetivamente os seus subalternos”.

<sup>1115</sup> Conforme CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa...*, cit., 2012, p. 233.

<sup>1116</sup> Constituição de 1934: “Art 171 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercicio dos seus cargos.

§ 1º - Na ação proposta contra a Fazenda pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º - Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado”.

<sup>1117</sup> Constituição de 1937: “Art 158 - Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda nacional, estadual ou municipal por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercicio dos seus cargos”.

<sup>1118</sup> Constituição de 1946: “Art 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes”.

<sup>1119</sup> Constituição de 1967: “Art. 105 - As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

de 1988 consagrou a responsabilidade objetiva do Estado brasileiro pelos danos que seus agentes causem a terceiros, assegurado o direito de regresso ao agente responsável, nos casos de dolo e culpa.

O § 6º do art. 37 da Constituição de 1988 prescreve o seguinte:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Ressalte-se que o Código Civil brasileiro de 2002 também confere idêntico tratamento ao tema da responsabilidade civil extracontratual do Estado<sup>1120</sup>. Portanto, atualmente não há espaço para qualquer tipo de dúvida em relação aos danos provocados a terceiros em decorrência do exercício da função administrativa: a ordem jurídica brasileira adota, como regra geral, a responsabilidade *objetiva*<sup>11211122</sup> do Estado, com base na teoria do *risco administrativo*<sup>1123</sup>. Deve-se registrar, contudo, que isso não quer dizer que o tema seja tratado de forma pacífica. Muito pelo contrário, pois as condutas *omissivas* que geram danos a terceiros têm recebido de parte da doutrina e da jurisprudência um tratamento

---

Parágrafo único - Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”. Por meio do Ato Institucional nº 5, de 1968, e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a Constituição de 1967 foi radicalmente alterada, sendo considerada por parte da doutrina e mesmo pelo STF como uma nova Constituição. No entanto, em relação à responsabilidade civil extracontratual do Estado não houve mudanças significativas, permanecendo a regra anterior da responsabilidade objetiva. EC nº 01/1969: “Art. 107. As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo”.

<sup>1120</sup> Código Civil brasileiro – Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

<sup>1121</sup> Embora na atualidade existam vários países que declaram a adoção da responsabilidade objetiva para responsabilização estatal, como o Brasil, importante o alerta do professor Vieira de Andrade, para quem os “sistemas que se reclamam da responsabilidade objectiva apenas pela circunstância de eliminarem a culpa ou a prova da culpa, acabam por estabelecer qualificações da ilicitude, para efeitos da sua relevância indenizatória, que, pela via do agravamento ou da atenuação, implicam juízos de censura comportamental, ainda que não individualizada, sugerindo que a finalidade do sistema não é meramente reparatória”. ANDRADE, J. C. Vieira de. *A responsabilidade...*, cit., 2011, p. 350.

<sup>1122</sup> Teresa Ancona Lopez esclarece que a expressão ‘responsabilidade objetiva’ não é sinônima de ‘teoria do risco’: “(...) A responsabilidade objetiva pode ter outros fundamentos que não o risco criado por pessoas ou empresas no meio social. Ou seja, a responsabilidade é objetiva porque, assim, a lei determinou. O ofensor vai responder segundo a averiguação objetiva de sua conduta, que se subsume à *fattispecie* descrita na lei. (...) a teoria do risco é um dos tipos de responsabilidade objetiva que, além de contar com uma série de leis especiais que a preveem hoje, vem definida em cláusula geral que se aplica a todos os casos que se enquadrem no seu tipo legal e que não façam parte de lei especial”. LOPES, Teresa Ancona. *Principais linhas...*, cit., 2006, pp. 111-152.

<sup>1123</sup> Conforme CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, cit., 2016, p. 582; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, cit., 2013, p. 708, entre outros.

diferenciado, que será analisado em detalhes em tópico próprio, gerando incerteza quanto à possibilidade de reparação e, conseqüentemente, insegurança jurídica aos administrados. Mais, os problemas atinentes à responsabilidade estatal tomam proporções ainda maiores no Brasil em razão de inexistir, diferentemente do que ocorre em Portugal, uma lei específica<sup>1124</sup><sup>1125</sup> que retrate as variadas hipóteses de dano que podem ser imputadas ao Estado. Além disso, não se pode perder de vista que o foco desta pesquisa é a omissão estatal consubstanciada na não expedição de regulamentos administrativos. Por tais razões, as condutas omissivas merecerão nesta pesquisa abordagem específica e detalhada à frente.

Importante mencionar que a Constituição brasileira exige, para a configuração da responsabilidade extracontratual do Estado, que o agente tenha atuado “nessa qualidade”, ou seja, na condição de agente público, ainda que não esteja efetivamente em serviço<sup>1126</sup>. Importa esclarecer, ainda, que, no direito brasileiro, a expressão “agente público” não é sinônima de “servidor ou funcionário público”. A locução agente público é *gênero* que se divide em várias espécies, como os *agentes políticos*, os *servidores públicos* e os *particulares* que colaboram com o Poder Público, entre outros.<sup>1127</sup><sup>1128</sup>

Portanto, qualquer dano eventualmente provocado a terceiros por agente público que, ao atuar<sup>1129</sup>, tenha se valido da especial condição de agente estatal, será imputado não diretamente a ele (agente), mas ao Estado ou a seus delegados. Após o pagamento, pelo ente público (ou privado, nos casos de delegação estatal) da indenização eventualmente cabível e restando comprovado que o prejuízo resultou de atuação culposa ou dolosa do agente, terá então lugar, em favor do Estado, o *direito* de regresso previsto na Constituição,

---

<sup>1124</sup> Embora não exista Lei no Brasil sobre o tema da responsabilidade civil extracontratual do Estado, importante fazer referência ao Projeto de Lei - PL 412/2011, de autoria do Deputado Hugo Leal, PSC/RJ, que, apesar de algumas inconsistências, constitui claro avanço sobre o tema. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=492038> Acesso em: 20.06.2015.

<sup>1125</sup> Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro.

<sup>1126</sup> (...) I. - Agressão praticada por soldado, com a utilização de arma da corporação militar: incidência da responsabilidade objetiva do estado, mesmo porque, não obstante fora do serviço, foi na condição de policial-militar que o soldado foi corrigir as pessoas. O que deve ficar assentado é que o preceito inscrito no art.37, § 6º, da C.F., não exige que o agente público tenha agido no exercício de suas funções, mas na qualidade de agente público (...). (STF, ARE 644395 GO, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Julgamento: 04.10.2011)

<sup>1127</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 261.

<sup>1128</sup> Segundo a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992, art. 2º), “Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”.

<sup>1129</sup> As condutas omissivas serão analisadas em tópico próprio, dada a divergência doutrinário-jurisprudencial que existe sobre o tema.

que na verdade, conforme veremos, não se traduz em mera faculdade estatal, mas num verdadeiro poder-dever<sup>1130</sup>, conforme impõe os princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

Não havendo culpa (ou dolo) do agente público, por certo não há que se falar em direito de regresso, caso em que o dano será suportado exclusivamente pelo Estado, pois a responsabilidade objetiva, não custa lembrar, funda-se num princípio de equidade, existente desde o direito romano, o qual enunciava que aquele que lucra com a situação deve responder pelo risco ou pelas vantagens dela resultantes – *ubi emolumentum, ibi onus, ubi commoda, ibi incommoda*: quem auferir os cômodos (lucro), deve suportar os incômodos (ou riscos).<sup>11311132</sup>

Noutros termos, o fundamento da responsabilidade objetiva não repousa na prática de um ato culposos, mas sim na criação ou no controle de um risco ou, talvez, com mais rigor, numa fonte de riscos ou de potenciais danos, bem como no princípio de justiça distributiva segundo o qual quem tira o lucro ou se beneficia de uma certa coisa ou atividade que constitui para terceiros uma fonte potencial de prejuízos deve suportar os correspondentes encargos.<sup>1133</sup>

A principal característica da responsabilidade objetiva, conforme já mencionado, é a prescindibilidade de aferição do elemento subjetivo para configurar o dever de indenizar, fato este que facilita sobremaneira a recomposição dos danos sofridos por parte da vítima, já que esta se encontra constitucionalmente dispensada de comprovar que o prejuízo resultou de conduta culposa ou dolosa do Poder Público.

Importante registrar que a Constituição brasileira impõe a responsabilidade objetiva não só às pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas), mas também às pessoas jurídicas de direito privado, desde que prestadoras de serviços públicos, a exemplo das concessionárias e permissionárias. Portanto, o exercício de *função administrativa* é o

---

<sup>1130</sup> Em Portugal, por expressa previsão legal, a ação regressiva, nas hipóteses cabíveis, consubstancia-se num dever jurídico do Poder Público. Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro. Art. 6º, 1 - O exercício do direito de regresso, nos casos em que este se encontra previsto na presente lei, é obrigatório, sem prejuízo do procedimento disciplinar a que haja lugar.

<sup>1131</sup> Conforme lição de GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade...*, cit., 2014. p. 49.

<sup>1132</sup> Palazzo refere-se à “*igualdad ante las cargas públicas*” para justificar a busca de justiça distributiva em decorrência de danos causados pela atuação estatal, circunstância que traduz a essência da responsabilidade objetiva. LUIS PALAZZO, José Luis. *Responsabilidad...*, 1995, pp. 32-34.

<sup>1133</sup> MONTEIRO, Jorge F. Sinde. *Responsabilidade...*, cit., 1978, pp. 317-318.

critério utilizado pela Constituição para considerar objetiva a responsabilidade. Assim, recordando a lição de Pedro Gonçalves<sup>1134</sup>, no Brasil há entidades que integram a Administração Pública indireta, mas que não exercem função administrativa (como as empresas públicas e sociedades de economia mista que apenas exploram atividade econômica) e por isso *não* estão abrangidas pela regra da responsabilidade objetiva, e, por outro lado, entidades privadas que, não obstante, respondem objetivamente, sempre que os danos por elas provocados decorrerem do exercício de atividade administrativa delegada pelo Estado.

A propósito, quando o serviço é prestado por entidades privadas mediante delegação do poder público, há alguns aspectos acerca da responsabilidade extracontratual que merecem ser delineados. O primeiro deles revela um equívoco histórico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que foi recentemente superado, reposicionando a Corte Suprema na trilha do bom caminho. Com efeito, durante um período relativamente longo, consolidou-se no Supremo Tribunal Federal o entendimento segundo o qual a responsabilidade civil *objetiva* das empresas privadas prestadoras de serviço público não alcançava terceiros *não-usuários* do serviço. Tal entendimento podia ser sintetizado da seguinte forma: caso uma empresa privada prestadora de serviço público causasse eventual dano a um usuário do serviço, respondia de forma direta e *objetivamente*; ao contrário, caso o dano fosse provocado a um terceiro não-usuário, por estranho que possa parecer, a responsabilidade deixava de ser objetiva e passava a ser *subjetiva*, isto é, fundada na culpa.

O tratamento diferenciado para *usuários* e *não-usuários* feria de morte os princípios da igualdade<sup>1135</sup> e da razoabilidade. Por isso, revisitando o tema e refletindo à

---

<sup>1134</sup> Para Pedro Gonçalves, o poder público de autoridade, na atualidade, pode ser exercido não só pelo Estado, mas também por entidades privadas, quando para tanto autorizadas. GONÇALVES, Pedro. *Entidades...*, cit., 2008, pp. 608 e ss.

<sup>1135</sup> Sobre o princípio da igualdade, Alexandre de Moraes enfatiza “A desigualdade na lei produz-se quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente, cuja exigência deve aplicar-se em relação a finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e as finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal, quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado. Importante, igualmente, apontar a tríplice finalidade limitadora do princípio da igualdade: limitação ao legislador, ao intérprete/autoridade pública e ao particular. MORAES,

luz do melhor direito, em 2009 a Corte Suprema modificou seu entendimento anterior, para considerar, a nosso ver acertadamente, que a responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos é objetiva, pouco importando se em relação aos usuários ou aos não-usuários do serviço.<sup>1136</sup>

Outro aspecto importante relacionado ao exercício da função administrativa por particulares diz respeito à responsabilidade direta destes, e *subsidiária*<sup>1137</sup> do poder público. Segundo o art. 175 da Constituição brasileira de 1988, “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Como se vê, a titularidade dos serviços públicos pertence ao Estado, que pode, outrossim, delegar sua execução a particulares, que neste caso prestarão o serviço por sua *conta e risco*, daí sua responsabilidade direta e primária<sup>1138</sup> em relação aos serviços prestados mediante delegação estatal.

Portanto, nas hipóteses de danos causados a terceiros por entidades privadas prestadoras de serviços públicos, estas responderão de forma *primária*<sup>1139</sup>, *direta* e, como

---

Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*. 2ª Ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 181.

<sup>1136</sup> (...) I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. II - A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. (STF, RE 591874/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, Julgamento: 26.8.2009).

<sup>1137</sup> Vale lembrar que “a expressão ‘subsidiária’ se refere a tudo que vem ‘em reforço de...’ ou ‘em substituição de...’, ou seja, não sendo possível executar o efetivo devedor – sujeito passivo direto da relação jurídica obrigacional –, devem ser executados os demais responsáveis pela dívida contraída.”. PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de Direito civil – Responsabilidade civil*, Vol. III, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 168.

<sup>1138</sup> Lei nº 8.987/1995

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...)

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; (...)

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

<sup>1139</sup> Segundo Carvalho Filho, “O Poder Público não é, repita-se, o segurador universal de todos os danos causados aos administrados. O que é importante é verificar a conduta administrativa. Se a Administração concorreu com a pessoa responsável para o resultado danoso (o que ocorre algumas vezes por negligência e omissão administrativa), haverá realmente solidariedade; a Administração terá agido com culpa *in ommittendo* ou *in vigilando*, podendo ser demandada juntamente com o autor do dano. Contudo, se a culpa é *exclusiva* da pessoa prestadora de serviço público, a ela deve ser imputada a *responsabilidade primária* e ao Poder Público a *responsabilidade subsidiária*. Resulta, pois, nessa hipótese que eventual demanda

visto, *objetivamente*. Em casos assim, o ente público titular do serviço que foi delegado ao particular poderá eventualmente responder pelos danos causados a terceiros por concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, mas apenas de forma subsidiária<sup>1140</sup>, isto é, somente se a entidade privada, por qualquer razão, não reunir condições econômicas de reparar o dano por ela causado.

A mesma norma constitucional que proclama a responsabilidade civil objetiva do Estado e de seus prepostos pelos danos decorrentes das ações praticadas por seus agentes, também impõe o direito (na verdade dever) de regresso em favor do Estado, em relação ao agente causador do dano, conforme será detalhado adiante, em tópico específico. O ônus da prova em relação à culpa ou ao dolo do agente, evidentemente, incumbe ao Estado.

Se não há dúvidas em relação à adoção da responsabilidade objetiva do Estado brasileiro pelas *condutas comissivas* de seus agentes que causem danos a terceiros, quando o prejuízo é provocado por *omissão*, contudo, ainda hoje há grande divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência brasileiras. A responsabilidade do Estado por omissão, tópico de particular relevância para a presente pesquisa, será detalhada adiante. Antes, porém, far-se-á sintética análise dos requisitos da responsabilidade objetiva, que, conforme já sinalizado, é *cláusula geral* no sistema de responsabilidade estatal vigente no Direito brasileiro.

### **3.7.1. Elementos necessários à configuração da responsabilidade objetiva do Estado**

Segundo Nieto, a responsabilidade objetiva requer um contrabalanceamento técnico para impor limite à sua ambiciosa formulação inicial. Só assim, afirma o autor, deixará de ser o instituto da responsabilidade administrativa um jogo de azar ou adivinhação. É importante também encontrar um ponto de equilíbrio que evite oscilações, como tem ocorrido até agora com a casuística própria da jurisprudência, incluindo

---

indenizatória deve ser dirigida em face exclusivamente do causador do dano, sendo a Administração parte ilegítima *ad causam* na referida ação”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, cit., 2016, p. 601.

<sup>1140</sup> Vejamos o entendimento do STJ: (...) 1. Há responsabilidade subsidiária do Poder Concedente, em situações em que o concessionário não possui meios de arcar com a indenização pelos prejuízos a que deu causa. Precedentes. (...) (REsp 1.135.927/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, Julgamento: 10.08.2010, DJ 19.08.2010).

indeferimentos que podem parecer excessivamente rigorosos e concessões muitas vezes aparentemente generosas.<sup>1141</sup>

Nesse passo, como o elemento subjetivo da conduta é colocado em segundo plano para a configuração da responsabilidade objetiva, tem-se que são requisitos suficientes para que o lesado possa pleitar a reparação de dano em desfavor do Estado: a *ação*, o prejuízo e o nexo de causalidade. Frise-se que é assim no Brasil, mas apenas em relação às condutas *positivas*<sup>1142</sup> da Administração que acarretem danos a terceiros; quando, diferentemente, o dano é provocado pela inatividade estatal, a realidade jurídica brasileira apresenta algumas distinções.

Com efeito, embora tanto as condutas<sup>1143</sup> positiva quanto negativa sejam capazes de provocar dano e, conseqüentemente, fazer emergir o dever de indenizar do Estado, no caso específico da responsabilidade por omissão a responsabilidade civil do Estado possui contornos próprios que serão oportunamente esmiuçados. Quando se perquire sobre conduta positiva, todavia, importa dizer que a atividade administrativa que dá lugar à responsabilidade tanto pode ser uma atividade material, como é mais comum, quanto jurídica, como, *v. g.*, a edição de regulamento administrativo, sempre que tal der origem a um dano indenizável.<sup>11441145</sup>

Levando-se em conta, portanto, apenas os danos provocados pelo exercício da função administrativa, o primeiro elemento da responsabilidade do Estado é a ação, ou seja, a conduta positiva de seus agentes que tenha causado danos a terceiros. Não se discute aqui se a ação é lícita ou ilícita, mas apenas se foi desencadeada a partir do

---

<sup>1141</sup> NIETO, A. *La relación de causalidad em la responsabilidad administrativa*. In Revista Española de Derecho Administrativo. Nº 51, Madrid, 1986, p. 90.

<sup>1142</sup> Segundo Cavalieri Filho, “Entende-se, pois, por conduta o comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2012, p. 25.

<sup>1143</sup> A ação ou omissão “é o aspecto físico, externo, objetivo da conduta, enquanto a vontade constitui o ser aspecto intrínseco, psicológico ou subjetivo”. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2012, p. 30.

<sup>1144</sup> PARADA, Ramón. *Derecho...*, cit., 2007, p. 568.

<sup>1145</sup> Segundo Sousa e Matos, “Para efeitos de responsabilidade civil constituem acções os regulamentos e os actos administrativos, bem como as simples actuações administrativas e os actos reais, incluindo todas as omissões juridicamente relevantes”. SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008, p. 20.



exercício da função administrativa<sup>1146</sup> e, conforme veremos a seguir, tenha provocado um dano injusto.<sup>1147</sup>

Embora a lesão a um direito subjetivo não seja a única circunstância que faz emergir a responsabilidade civil extracontratual do Estado, é possível afirmar que esta nasce por força da desobediência a um comando normativo que, como dito, em regra “acautela um direito subjetivo da prática de condutas estatais que lhe sejam danosas”.<sup>1148</sup>

O dano<sup>1149</sup> ou prejuízo, que é o segundo pressuposto da reparação civil, pode ser definido como “a diminuição ou extinção de uma vantagem que é objeto de tutela jurídica”<sup>1150</sup>, ou, por outros termos, como “toda a ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica”<sup>1151</sup>. Registre-se que parte da doutrina faz distinção entre a natureza lícita ou ilícita da conduta que desencadeou o dano. A consequência jurídica do dano causado por uma atividade lícita seria o *ressarcimento* enquanto que o dano provocado por conduta ilícita seria compulsoriamente compensado por meio de *indenização*.<sup>1152</sup> Noutros termos, deve-se distinguir entre reconstituição natural, que consiste em restabelecer as coisas no estado em que estariam se o dano (ilícito) não tivesse

---

<sup>1146</sup> Lembrando, mais uma vez, que as funções legislativa, jurisdicional e política também são passíveis de provocar danos a terceiros e, em tese, igualmente suscetíveis de responsabilização do Estado. No entanto, não serão objeto de análise neste trabalho, em face da delimitação inicialmente proposta.

<sup>1147</sup> Dano injusto, segundo a doutrina de Bunazar, é aquele que a norma acena como *intolerável*, determinando em consequência sua eliminação ou compensação. BUNAZAR, Maurício. *Taxonomia da sanção civil: para uma caracterização do objeto da responsabilidade civil*. In Revista Juris da Faculdade de Direito da Fundação Armando Alvares Penteado, V. 5, Janeiro/Junho, São Paulo: FAAP, 2010.

<sup>1148</sup> Maurício Zockun afirma que uma vez “Demonstrado que o ordenamento jurídico deve contemplar um comando que vise a repará-lo na hipótese de sua desobediência, então, o direito positivo deverá prever a existência de uma norma jurídica de índole sancionatória. Com efeito, é por meio dessa norma sancionatória que se poderá recompor juridicamente a harmonia social, ainda que essa recomposição seja apenas uma presunção jurídica.”. ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade...*, cit., 2010, p. 34.

<sup>1149</sup> Segundo Santamaría Pastor, o conceito de lesão é mais estrito e rigoroso que o de dano: “o dano, em síntese, consiste numa mera diminuição patrimonial; a lesão ressarcível, ao contrário, é um dano qualificado pela concorrência de quatro requisitos: a antijuridicidade, a efetividade, a avaliabilidade econômica e a individualização”. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios...*, Volumen II, cit., 2002, p. 483.

<sup>1150</sup> SOUZA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Responsabilidade...*, cit. p. 29.

<sup>1151</sup> COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 514.

<sup>1152</sup> Ao comentar o princípio do *mise en danger*, previsto no art. 2050 do CC italiano, HIRONAKA faz importante distinção entre a periculosidade da conduta e a periculosidade da atividade. Vejamos: “Por periculosidade da conduta entende-se a atividade normalmente inofensiva, que só adquire um caráter perigoso pela conduta imprudente, por imperícia ou negligência daquele que a exerce. O dano que daí resulta submete-se ao princípio da culpa, cuja regência frequenta o *habitat* do art. 2043 do Código Civil italiano. Mas por periculosidade da atividade, cuja regência opera por meio da regra do art. 2.050 do Código Civil italiano, deve-se entender o exercício de atividade potencialmente perigosa, em razão do elevado cometimento de danos que ela pode causar, seja em razão de sua natureza, seja em razão dos meios adotados para o seu exercício, independentemente da conduta daquele que a exerce.”. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade...*, cit., 2005, pp. 296-297.

sido causado, e a indenização por equivalente, que concede à vítima uma soma em dinheiro paralela ao dano sofrido (neste caso, lícito).<sup>1153</sup>

Segundo a doutrina de Pessoa Jorge, o dano corresponde à lesão de certo bem, que conduz ao dano concreto, ou real. Assim, o prejuízo sofrido por alguém deve ser compreendido como uma frustração efetiva das utilidades do bem. O dano emerge, portanto, ainda consoante a doutrina do autor português, em relação a “qualquer situação vantajosa, mesmo de facto, e não se reporta necessariamente à lesão de um direito subjectivo; mas só é relevante para efeitos de responsabilidade civil, quando resulta da lesão de uma situação vantajosa tutelada pelo direito”.<sup>115411551156</sup>

Deveras, como regra não há responsabilidade civil sem dano<sup>11571158</sup>, razão pela qual este se insere como *pressuposto* da responsabilidade civil, seja ela contratual ou extracontratual<sup>1159</sup>. Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho, o dano é, sem dúvida, “o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”<sup>11601161</sup>. Registre-se que o conceito atual de dano abrange tanto os prejuízos de ordem material<sup>1162</sup> como aqueles de índole

---

<sup>1153</sup> Conforme RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 329.

<sup>1154</sup> JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., 1999, p. 381 e ss.

<sup>1155</sup> Para Almeida Costa, dano é “toda ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica”. COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 558.

<sup>1156</sup> Segundo a doutrina de Sousa e Matos, “O dano, ou prejuízo, pode ser definido como a diminuição ou extinção de uma vantagem que é objeto de tutela jurídica. Trata-se de um pressuposto da responsabilidade civil administrativa que decorre da própria função do instituto da responsabilidade em geral”. SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008, p. 20.

<sup>1157</sup> Segundo Sinde Monteiro, “Sem dano não há responsabilidade”. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Rudimentos...*, cit., 2005, pp. 349-390.

<sup>1158</sup> A afirmação segundo a qual não há responsabilidade civil sem dano talvez mereça uma releitura nos dias atuais, pois há quem sustente a possibilidade de responsabilizar-se civilmente alguém ainda que o dano efetivo não ocorra. A reparação, em casos tais, seria de natureza preventiva, ou seja, apenas pelos riscos de danos graves criados por uma conduta antijurídica. Nesse sentido, entre outros: LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Prevenção e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 133-134; LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 146 e ss.

<sup>1159</sup> CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade...*, cit., 2007, p. 67.

<sup>1160</sup> FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa...*, cit., 2012, p. 76-77.

<sup>1161</sup> Para Teresa Ancona Lopez, “Com a separação entre o ato ilícito e a responsabilidade civil, fica claro que o dano é requisito fundamental da responsabilidade civil, tanto que a indenização, em princípio, mede-se pela extensão do dano, mas não do ato ilícito”. LOPES, Teresa Ancona. *Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 101, jan./dez. 2006, pp. 111-152.

<sup>1162</sup> O dano material, não custa lembrar, divide-se em dano emergente, que é aquele que diz respeito a um prejuízo real, ou seja, uma perda efetivamente experimentada por alguém, e lucro cessante, expressão que

extrapatrimonial<sup>11631164</sup>, que podem ser cumulados, ainda que derivados da mesma conduta<sup>1165</sup>. A reparação do dano, vale dizer, deve levar em consideração não a “situação abstracta, mas a situação concreta do lesado”.<sup>1166</sup>

Assim, além do dano material, o exercício da função administrativa, conforme reiteradamente reconhecido pela jurisprudência brasileira, também pode acarretar dano moral (extrapatrimonial)<sup>1167</sup>. E é assim porque a Constituição brasileira de 1988 faz referência expressa ao dano moral no art. 5º, V<sup>1168</sup>, e também, de forma implícita, no inciso X<sup>1169</sup> do mesmo dispositivo constitucional.

Por fim, importante ainda afirmar, na esteira de Pessoa Jorge, que nem todo dano é indenizável. Para que o dano tenha como consequência a indenização, há que reunir certos requisitos, a saber: a *alienidade* (ou alteridade), a *certeza* e o *mínimo de gravidade*. Os prejuízos, de acordo com a primeira exigência, devem ter sido suportados por outra pessoa que não o próprio agente, pois somente haverá antijuridicidade na lesão a patrimônio alheio. Haverá ainda que ser certo o dano, eis que não se indeniza o prejuízo

---

designa um ganho que era certo para alguém, mas que, em virtude de ato estranho à sua vontade, não chegou a se consumir, frustrando sua expectativa (Conforme SANTOS, Mauro Sérgio dos Santos. *Curso...*, cit., 2016, p. 565). Os lucros cessantes e os prejuízos futuros estão condicionados, como é óbvio, à "evolução normal (e, portanto, provável) dos acontecimentos". JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., 1999, p. 387.

<sup>1163</sup> O dano extrapatrimonial, referido genericamente no Brasil como dano moral, emerge a partir de uma “injunta violação de uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade, diretamente decorrente do princípio geral de respeito à dignidade humana”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 133.

<sup>1164</sup> Segundo a doutrina de Pessoa Jorge, “são patrimoniais os danos a interesses avaliáveis em dinheiro; não patrimoniais são os que se verificam em relação a interesses insusceptíveis de avaliação pecuniária. Outrossim, a distinção entre dano patrimonial e extrapatrimonial (moral), é importante ressaltar, não se faz apenas com base no direito ofendido, visto que, p.ex., a ofensa a bens da personalidade (bens imateriais) frequentemente gera prejuízos de ordem patrimonial, como a perda de capacidade laborativa em razão de ofensa corporal, ou a perda de clientela provocada por violação da honra”. JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., 1999, p. 373.

<sup>1165</sup> STJ, Súmula 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

<sup>1166</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. Vol. I. 10. Edição. Coimbra: Almedina, 2000, p. 906.

<sup>1167</sup> “(...) O Estado, ao prender indevidamente o indivíduo, atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral ao paciente, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais. 4. A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção sacrificado. 5. A responsabilidade pública por prisão indevida, no direito brasileiro, está fundamentada na expressão contida no art. 5º, LXXV, da CF. (STJ, REsp 220.982-RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, Julgamento 22.02.2000).

<sup>1168</sup> Constituição de 1988. Art. 5º (...) “V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

<sup>1169</sup> Constituição de 1988. Art. 5º (...) “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

hipotético ou eventual, de verificação duvidosa, e, por fim, que o dano apresente um mínimo de gravidade.<sup>11701171</sup>

Como a ordem jurídica brasileira adota a responsabilidade objetiva do Estado para os prejuízos resultantes da conduta comissiva dos agentes públicos, quando no exercício de suas funções estatais, é possível afirmar que o dano ressarcível tanto resulta de um ato doloso ou culposo do agente público como, também, de ato que, embora não culposo ou revelador de falha da máquina administrativa ou do serviço, tenha-se caracterizado como *injusto* para o particular, isto é, como lesivo ao seu direito subjetivo<sup>1172</sup>. Além disso, o princípio da reparação integral impõe não só a indenização do dano emergente ou positivamente produzido, mas também do lucro cessante, isto é, os ganhos ou benefícios que seriam percebidos como consequência da privação produzida pelo evento danoso.<sup>1173</sup>

Por fim, como forma de individualizar a conduta e limitar a extensão do dano, tem-se o derradeiro requisito da responsabilidade objetiva do Estado: o nexo de causalidade. Nexo causal, nas palavras de Rui Stoco, é o “vínculo entre a conduta e o resultado”<sup>1174</sup>. A compreensão de nexo de causalidade “deriva de leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano”<sup>1175</sup>, pois é por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano<sup>1176</sup>. Em síntese, pode-se afirmar que o nexo

---

<sup>1170</sup> JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., 1999, pp. 384-387

<sup>1171</sup> Referindo-se à legislação portuguesa, Pessoa Jorge explicita que "A lei não afirma expressamente que o prejuízo, para ser reparável, tenha de apresentar um mínimo de gravidade ou valor, mas tal conclusão é imposta pelo bom-senso e até pelo princípio da boa-fé: a exigência da reparação de um desses prejuízos [mínimos] só poderia explicar-se pelo propósito de vexar o lesante e, como tal, não mereceria a tutela do direito. Sendo a *responsabilidade civil* uma obrigação, pode invocar-se, em abono desta tese, a regra do n.º 2 do artigo 298.º, [do Código Civil Português] segundo a qual a prestação deve corresponder a um interesse do credor digno de protecção legal." (...) Esse requisito do mínimo de gravidade, continua, “só poderá apreciar-se, caso a caso, pelo prudente arbítrio do julgador. Mas não significa que apenas sejam reparáveis os prejuízos de valor elevado; também o serão os pequenos prejuízos, desde que excedam o referido mínimo. E tem de se ter presente que o acto ilícito pode revestir carácter continuado e ir provocando prejuízos insignificantes, cuja acumulação todavia representa grande perda". JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., 1999, pp. 387-388.

<sup>1172</sup> CAHALI, Youssef Said. *Responsabilidade...*, cit., 2007, p. 68.

<sup>1173</sup> PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. *Princípios...*, Volumen II, cit., 2002, p. 496.

<sup>1174</sup> STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 150.

<sup>1175</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie e responsabilidade civil*. Vol. III. São Paulo: Atlas, 2001, p. 517.

<sup>1176</sup> Para Cavalieri Filho, “O conceito de nexo causal não é exclusivamente jurídico; decorre primeiramente das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado. A relação causal estabelece o vínculo entre um determinado comportamento e um evento, permitindo concluir, com base nas leis naturais, se a ação ou omissão do agente foi ou não causa do dano; determina se o resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente. Algo assim como: se chover fica molhado”. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2012, p. 49.

causal “é um elemento referencial entre a conduta e o resultado”<sup>1177</sup>, ou seja, é um conceito jurídico-normativo por meio do qual é possível concluir quem foi o causador do dano e qual foi exatamente a sua extensão.

Para Juarez Freitas, o nexo causal deve ser direto porquanto não se perfectibiliza o dano juridicamente injusto se a vítima houver dado causa exclusiva, nem na hipótese de força maior (irresistível por definição, diversamente do caso fortuito, que pode resultar de causa interna), tampouco por fato de terceiro alheio à prestação do serviço público. E não se estabelece o nexo se inviável o cumprimento do dever<sup>1178</sup>.

O nexo causal, frise-se, não é tema pacífico entre os especialistas. Alguns sustentam como tese mais adequada a teoria da *equivalência dos antecedentes*, segundo a qual, no dizer de Cavalieri Filho, “não se faz distinção entre causa (aquilo de que uma coisa depende quanto à existência) e condição (o que permite à causa produzir seus efeitos positivos ou negativos)”<sup>1179</sup>. Assim, se várias condições concorrem para o mesmo resultado, segundo esta teoria todas possuem a mesma relevância, eis se equivalem e, portanto, são causas *reais*<sup>1180</sup>. Não se perquire se uma delas foi mais ou menos eficaz, mais ou menos adequada. Nesse contexto, “causa é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, sem distinção da maior ou menor relevância que cada uma teve. Por isso, essa teoria é também chamada da *conditio sine qua non*, ou da equivalência das condições”.<sup>1181</sup>

Outra teoria é a da *causalidade adequada*, a qual sustenta que causa “é o antecedente não só necessário, mas também adequado à produção do resultado. Logo, se várias condições concorreram para determinado resultado, nem todas serão causas, mas

---

<sup>1177</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2012, p. 49.

<sup>1178</sup> FREITAS, Juarez. *Responsabilidade...*, cit., 2006, p. 178.

<sup>1179</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2012, p. 50.

<sup>1180</sup> A doutrina especializada dá conta também da existência da chamada causa virtual, que seria o fato (real ou hipotético) que poderia acarretar certo dano, caso este não fosse causado por outro fato que seria, nesta situação, a causa real. Vejamos o exemplo extraído da doutrina de Antunes Varela: “Se ‘A’ tiver envenenado o cão que ‘B’, poucos minutos depois, abate a tiro, a agressão a tiro não deixa de ser a causa real da morte do animal pelo facto de a morte poder e dever vir a dar-se mais tarde, em consequência do envenenamento. O que interessa à causalidade (ao nexo de causalidade relevante para o direito) não é o dano, abstratamente considerado (a morte do animal), mas o dano concreto (a morte, tal como se deu, nas circunstâncias de facto – de tempo, lugar etc. – em que se registrou). Daí que, logicamente, se aceite que a sede própria do problema da relevância negativa da causa virtual se situa, não no domínio do nexo causal, mas no capítulo da extensão do dano a indemnizar”. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Volume I, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1986, p. 886; SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008, pp. 32-33.

<sup>1181</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2012, p. 51.

somente aquela que for a mais adequada à produção do evento”<sup>1182</sup>. Enquanto o direito penal abraça a teoria da equivalência dos antecedentes, na órbita civil e, diga-se, também no direito administrativo, predomina a *teoria da causalidade adequada*. Em consequência, tem-se que quando se discute o tema da responsabilidade civil do Estado, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes, mas somente aquela que foi “a mais adequada a produzir concretamente o resultado”.<sup>11831184</sup>

Portanto, comprovando a vítima que houve uma atividade desenvolvida pelo Estado ou por seus delegados; que sofreu um dano injusto e, ainda, que tal prejuízo teve como causa justamente a atuação estatal, poderá buscar a reparação civil com base na teoria da responsabilidade objetiva do Estado.

Conforme já explicitado anteriormente, a ordem jurídica brasileira não contempla um regime jurídico de responsabilidade extracontratual do Estado, com todas as peculiaridades que um assunto dessa complexidade estaria a exigir; o tema, embora de vastidão extraordinária, é tratado única e exclusivamente pelo § 6º do art. 37 da Constituição de 1988<sup>1185</sup>. Se os Estados que possuem regimes específicos de responsabilidade estatal, como Portugal e Espanha, entre vários outros, mesmo assim enfrentam inúmeras incertezas e dificuldades nos casos postos à discussão em juízo devido à diversidade e riqueza inerentes a um tema tão espinhoso<sup>1186</sup>, o que dirá então do Brasil,

---

<sup>1182</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2012, p. 51.

<sup>1183</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2012, pp. 51-52.

<sup>1184</sup> Sousa e Matos explicam que atualmente existem três teorias do nexo de causalidade com expressão doutrinal, todas elas conduzindo a resultados prativamente idênticos na grande maioria das situações: a *teoria da causalidade adequada*, na qual um dano será imputado a um fato voluntário quando, perante a prática deste, fosse previsível, em condições de normalidade social, a produção do primeiro. Em caso de omissão, existe nexo de causalidade quando tenha sido omitida a ação que, em condições de normalidade social, teria previsivelmente permitido impedir a produção do dano; a *teoria da esfera de proteção da norma*, segundo a qual existe nexo de causalidade sempre que o dano ontologicamente causado por um fato voluntário (ação ou omissão) incida sobre as vantagens conferidas pela norma que consagra um direito subjetivo ou pela norma de proteção; e a *teoria da conexão do risco*, criada pelo penalista alemão C. Roxin, a qual dá conta que haverá imputação objetiva quando exista a criação ou o aumento (em caso de ação), bem como a não eliminação ou a não diminuição (em caso de omissão) de um risco não permitido, e esse risco se concretize num resultado danoso. SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008, p. 31.

<sup>1185</sup> Embora o art. 43 do Código Civil de 2002 também trate sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado, tal limita-se a transcrever, com pequenas e irrelevantes diferenças de grafia, o teor do § 6º do art. 37 da Carta de 1988.

<sup>1186</sup> Não custa lembrar a conhecida observação retirada da clássica doutrina de Henri de Page, segundo a qual “O intérprete que, em nosso tempo, adentra o campo da responsabilidade civil não pode deixar, desde as suas primeiras investigações, de lembrar o célebre verso que Dante coloca sobre a porta do Inferno: ‘*Lasciate ogni speranza, voi che ntrate*’”. PAGE, Henri de. *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2, 3ª ed., Bruxelles: Bruylant, 1964, p. 857.

país *continental* em que todos os danos eventualmente causados pelo Estado, sejam por ação ou omissão, sejam ainda por ato lícito ou ilícito, material ou jurídico, devem ser solucionados à luz de um único dispositivo constitucional.

Tal situação tem ocasionado um verdadeiro “samba do crioulo doido”<sup>1187</sup> em matéria doutrinária e jurisprudencial, notadamente quando está em causa a inatividade estatal, pois neste plano não é incomum omissões semelhantes encontrarem soluções jurisprudenciais distintas, ora flertando com a responsabilidade objetiva, ora sustentando uma responsabilidade fundada na culpa. Propõe-se, no tópico seguinte, examinar a noticiada divergência doutrinário-jurisprudencial no que concerne às omissões estatais, com o objetivo de sinalizar uma trajetória minimamente segura a ser percorrida no capítulo derradeiro deste estudo.

### **3.7.2. Realidade brasileira: o ultrapassado debate doutrinário-jurisprudencial acerca dos danos causados por omissão estatal e a necessidade de discussão de um novo modelo para responsabilização do Estado**

Se não há dúvidas em relação à responsabilidade civil extracontratual (objetiva) do Estado pelos danos provocados pelas condutas comissivas de seus agentes, quando, todavia, o prejuízo advém da omissão estatal relativamente ao exercício da função administrativa, ganha corpo uma das maiores divergências de ordem doutrinária e jurisprudencial ainda hoje existentes do direito administrativo brasileiro. Com efeito, nas hipóteses em que o dano é provocado pela omissão estatal, parte da doutrina (e também da jurisprudência) defende a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, talqualmente ocorre nas condutas comissivas, enquanto outra corrente, atualmente ainda majoritária, sustenta que a responsabilidade objetiva prevista na Constituição não pode ser estendida às condutas negativas da Administração, sob pena de inviabilizar o próprio funcionamento do

---

1187 O “Samba do Crioulo Doido” é uma paródia composta pelo escritor e jornalista brasileiro Sérgio Porto, sob o pseudônimo de Stanislaw Ponte Preta, em 1968. Tal paródia foi uma resposta ao Departamento de Turismo da Guanabara, atual Estado do Rio de Janeiro, que obrigava as escolas de samba a desfilarem apenas enredos baseados em fatos históricos. A partir de então, a expressão do título é comumente utilizada, no Brasil, para se referir a coisas sem sentido, estapafúrdias. GOMES, Lu. O fabuloso Stanislaw Ponte Preta. Disponível em: <http://brasileiros.com.br/2008/08/o-fabuloso-stanislaw-ponte-preta/> Acesso em: 05.06.2015.

Estado, sendo mais adequado, segundo tal doutrina, a adoção da responsabilidade subjetiva em tais casos.

Vale rememorar, com base na lição de Cavaliere Filho, que omissão é mera ausência de comportamento, *um não fazer, um nada*. Assim, diz o autor, “como, do nada, nada surge, em si mesma, a omissão não teria relevância causal”<sup>1188</sup>. Não obstante, muitas vezes o direito impõe ao poder público uma conduta positiva, casos em que, ao se omitir, o Estado viola um dever jurídico e deixa de impedir a ocorrência de um resultado. Em hipóteses assim, embora a omissão em si não dê causa a nenhum resultado, não desencadeie qualquer nexos causal, pode ser *causa* designadamente por não impedir o efeito que dela decorre.<sup>1189</sup>

A diferença primordial entre as responsabilidades objetiva e subjetiva, não custa lembrar, reside na circunstância de que, para a configuração da responsabilidade subjetiva, faz-se necessária a comprovação do elemento subjetivo da conduta (culpa em sentido amplo)<sup>1190</sup>, enquanto a responsabilidade objetiva dispensa tal exigência, contentando-se apenas com a presença da ação e do dano, além do nexos causal a uni-los. Considera-se culpa, na estrutura do ato ilícito que fará emergir a responsabilidade estatal em certos casos, como sendo o descompasso dos elementos subjetivo-psicológicos do agente em relação aos deveres jurídicos compreendidos socialmente.<sup>11911192</sup>

Pois bem, embora a omissão estatal faça emergir no Brasil uma eterna discussão sobre a espécie de responsabilidade a ser aplicada (objetiva ou subjetiva), pensamos que o debate parte de uma falsa premissa, que é a consideração da culpa como a – única – fonte e também o limite da antijuridicidade<sup>1193</sup>. A omissão, conforme veremos, somente deve ser

---

<sup>1188</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2012, p. 67.

<sup>1189</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2012, p. 67.

<sup>1190</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2012, p. 67 e ss.

<sup>1191</sup> LOPES, Othon de Azevedo. *Horizontes, Teoria e Linguagem da Responsabilidade Jurídica*. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2003, p. 371-372.

<sup>1192</sup> Para Pessoa Jorge, “A culpabilidade é a qualidade ou conjunto de qualidades do acto que permitem formular, a respeito dele, um juízo ético-jurídico de reprovação ou censura.”. JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., 1999, p. 315. A culpa, segundo a clássica doutrina de Henri de Page, é simplesmente um “erro de conduta, que acarreta lesão ao direito alheio”. DE PAGE, Henri. *Traité...*, cit., 1964, p. 878.

<sup>1193</sup> Para além disso, deve-se reforçar que as teorias da responsabilidade objetiva e subjetiva não são excludentes entre si, mas, antes, complementares. A propósito, questionado sobre uma opção legislativa pela responsabilidade (objetiva ou subjetiva), Miguel Reale escreveu que não há que se perquirir sobre tal alternativa, pois “na realidade as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam”. REALE, Miguel. *Diretrizes sobre o Projeto de código civil*. In *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 176.



sancionada por medida reparatória quando ilícita. Não obstante, esta *ilicitude*<sup>1194</sup> ou *antijuridicidade*, que é precisamente o fato gerador da responsabilidade do Estado nos casos de omissão, não pode ser *automaticamente* associada à ideia de culpa, pois é perfeitamente possível que uma conduta não caracterize *culpa* (imprudência, imperícia e negligência e ainda, por equiparação, o dolo) e mesmo assim seja considerada antijurídica e, pois, apta a responsabilizar o poder público.<sup>1195</sup> Por outros termos, toda conduta culposa será, em princípio, ilícita, no entanto nem toda conduta ilícita será culposa, pois a ilicitude é uma condição de incompatibilidade entre uma conduta e a ordem jurídica, podendo, pois, ser reconhecida em circunstâncias várias, inclusive quando ausente ou desnecessária a discussão sobre o elemento subjetivo da conduta. Este aspecto é de especial relevância para a solução do problema da não expedição de regulamentos administrativos pela Administração Pública brasileira e, bem por isso, será abordado novamente, em tópico específico.

Passemos, pois, à análise da dissensão acerca das omissões estatais, primeiramente no plano doutrinário. Pois bem, a conceituada administratista brasileira Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em defesa da tese da responsabilidade *subjetiva*, refere que “nessa hipótese (de omissão), existe uma presunção de culpa do Poder Público. O lesado não precisa fazer a prova de que existiu a culpa ou dolo. Ao Estado é que cabe demonstrar que agiu com diligência”.<sup>1196</sup>

José Cretella Júnior, seguindo a mesma linha, aduz que nas hipóteses em que o Estado reúne condições de agir para evitar um resultado danoso e ainda assim permanece inerte, está configurada a *negligência* estatal, ou ainda, em menor escala, a *imperícia* ou a *imprudência*, que são espécies de culpa em sentido estrito<sup>1197</sup>. Em casos assim, o Estado

---

<sup>1194</sup> Para Sinde Monteiro, “o juízo de ilicitude pressupõe necessariamente uma ponderação entre o valor da ação e do desvalor do resultado, de bens e de interesses”. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Rudimentos...*, cit., 2005, pp. 349-390.

<sup>1195</sup> Segundo a doutrina de Teresa Ancona Lopez, “O conceito de ilicitude (abuso do direito e também ato ilícito) não se confunde com a noção de culpa. O ilícito é o que é contra o direito. Diz respeito ao ato em si, objetivamente considerado, desligado da intenção do sujeito”. LOPES, Teresa Ancona. *Principais linhas...*, cit., 2006, pp. 111-152.

<sup>1196</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, cit., 2013, p. 717.

<sup>1197</sup> Para Cretella Junior, “a omissão configura a culpa *in omittendo* ou *in vigillando*. São casos de inércia, casos de não atos. Se cruza os braços ou se não vigia, quando deveria agir, o agente público omite-se, empenhando a responsabilidade do Estado por inércia ou incúria do agente. Devendo agir, não agiu. Nem como o *bonus pater familiae*, nem como o *bonus* administrador. Foi negligente. Às vezes imprudente ou até imperito. Negligente se a solércia o dominou; imprudente se confiou na sorte; imperito; se não previu a possibilidade de concretização do evento. Em todos os casos, culpa, ligada a ideia de inação, física ou

deverá responder pelos danos decorrentes de sua omissão culposa, sendo, pois, *subjéctiva*<sup>1198</sup> a responsabilidade estatal em tais hipóteses.

Na opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello, importante administrativista brasileiro e talvez o maior defensor da corrente subjéctivista, a omissão pura e simples do Estado não se afigura suficiente para fazer emergir a responsabilidade estatal. E é assim porque, diz ele, inexistindo obrigação legal de atuar para impedir a ocorrência de um prejuízo a outrem, seria verdadeira incoerência imputar ao Estado uma responsabilidade que não é sua, simplesmente em razão de não ter dado causa ao dano por sua inércia.<sup>1199</sup>

Igualmente, ao comentar a inatividade administrativa, a Professora Lúcia Valle Figueiredo se posiciona no sentido de exigir-se a prova da culpa, ainda que consagre o texto constitucional a responsabilidade objetiva, pois, segundo referida autora, não há como se verificar a adequabilidade da imputação ao Estado na hipótese de omissão, a não ser pela teoria subjéctiva, pois se de fato o Estado omitiu-se, há de se perquirir se havia o

---

mental”. CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 236.

<sup>1198</sup> É certo que as pessoas jurídicas são desprovidas de vontade própria. Tais entes manifestam *sua vontade* (aquela emanada da lei) por meio da atuação dos agentes públicos que ocupam cargos e empregos na estrutura administrativa do Estado. A atuação desses agentes será imputada à Administração Pública quando relacionada ao cumprimento de suas atribuições legais, ou aos próprios agentes, quando desconectada da atividade administrativa. Vejamos, quanto a isso, a lição de Sousa e Matos: “As pessoas colectivas administrativas, como as pessoas colectivas em geral, actuam através das pessoas físicas que são os seus titulares de órgãos e agentes. Como estes também praticam actos de índole estritamente privada, que nada têm que ver com as funções por si exercitadas, e como tais actos podem provocar danos, coloca-se o problema da delimitação entre a responsabilidade administrativa das pessoas colectivas administrativas e dos seus titulares de órgãos e agentes, por um lado, e a responsabilidade estritamente pessoal destes últimos, por outro. O critério relevante é o da imputação: há responsabilidade administrativa pelos prejuízos provocados por actos que sejam imputados a uma pessoa colectiva administrativa (actos funcionais). Os actos não funcionais são actos da esfera privada das pessoas que os praticam; a eventual responsabilidade civil a que dêem lugar é estritamente pessoal, nada tem que ver com a administração pública ou o direito administrativo e está sujeita ao regime geral da responsabilidade civil constante do CC.” SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008, pp. 18-19.

<sup>1199</sup> Para Mello, “Não bastará, então, para configurar-se responsabilidade estatal, a simples relação entre ausência do serviço (omissão estatal) e o dano sofrido. Com efeito: inexistindo obrigação legal de impedir um certo evento danoso (obrigação, de resto, só cogitável quando haja possibilidade de impedi-lo mediante atuação diligente), seria um verdadeiro absurdo imputar ao Estado responsabilidade por um dano que não causou, pois isto equivaleria a extraí-la do nada; significaria pretender instaurá-la prescindindo de qualquer fundamento racional ou jurídico. Cumpre que haja algo mais: a culpa por negligência, imprudência ou imperícia no serviço, ensejadoras do dano, ou então o dolo, intenção de omitir-se, quando era obrigatório para o Estado atuar e fazê-lo segundo um certo padrão de eficiência capaz de obstar ao evento lesivo. Em uma palavra: é necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente neste mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, cit., 2015, pp. 1041-1042.

dever de agir. Ou, então, se a ação estatal teria sido defeituosa a ponto de se caracterizar insuficiência da prestação de serviço.<sup>1200</sup>

José dos Santos Carvalho Filho também entende que a responsabilidade civil extracontratual do Estado, no caso de conduta omissiva, não se compatibiliza com a ideia geral da responsabilidade objetiva. Exige-se que a omissão seja ilícita, para ele, culposa: “A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal, atribuído ao Poder Público, de impedir a consumação do dano. Resulta, por conseguinte, que, nas omissões estatais, a teoria da responsabilidade objetiva não tem perfeita aplicabilidade, como ocorre nas condutas comissivas”<sup>1201</sup>. Nesse contexto, somente pode ser imputada responsabilidade ao Estado quando houver uma correlativa obrigação de agir para evitar o dano, circunstância que sinaliza para uma responsabilidade estatal baseada na *culpa anônima*, caracterizada pela *faute du service*. Deve-se, pois, demonstrar a culpa *administrativa* ou *do serviço*, mas não a culpa ou o dolo do agente, porquanto despicienda.<sup>1202</sup>

A corrente que sustenta a responsabilidade subjetiva para os danos provocados por omissão baseia-se na opinião de autores como Antunes Varela, para quem “A omissão como pura atitude negativa não pode gerar física ou materialmente o dano sofrido pelo lesado, sendo assim a omissão somente será causa do dano se houver o dever jurídico especial de praticar um ato que provavelmente teria impedido a consumação desse dano”.<sup>1203</sup>

Carlos Alberto Fernandes Cadilha, comentando o novo *regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas* vigente em Portugal (Lei nº 67/2007), que expressamente prevê a responsabilidade do Estado por omissão<sup>1204</sup>, destaca que as condutas negativas relativamente ao exercício da função administrativa somente gerarão o dever de indenizar do Estado se resultarem de conduta

---

<sup>1200</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 172.

<sup>1201</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, cit., 2016, p. 597.

<sup>1202</sup> Conforme CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. Salvador: Ed. jusPODIVM, 2015, p. 364.

<sup>1203</sup> VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações...*, cit., 2000, p. 528.

<sup>1204</sup> Portugal. Lei nº 67, de 31 de dezembro de 2007. *Verbis*:

Art. 7º, nº 1: “O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são exclusivamente responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício”. (...)

Art. 9º, nº 1: Consideram-se ilícitas as acções ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infringjam regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos.

culposa do agente. Afirma o mencionado autor, em síntese, que “A violação do dever de agir concretiza a ilicitude do facto omissivo; mas é ainda necessário que o facto seja imputável ao titular do órgão, funcionário ou agente a título de culpa e que (...) se verifique entre a omissão e o dano um nexo de causalidade”.<sup>1205</sup>

Os principais argumentos utilizados pela doutrina brasileira que defende a responsabilidade subjetiva nos casos de omissão do Estado repousam em dois pilares: o primeiro se baseia na interpretação da norma contida no § 6º do art. 37 da Constituição, que prescreve que “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, *causarem* a terceiros (...)”, dando a entender, segundo a corrente subjetivista, que apenas as condutas *positivas* estariam abarcadas na responsabilidade objetiva; o segundo se alicerça no princípio da proporcionalidade, pois impor ao Estado o dever de reparar os danos decorrentes de toda e qualquer omissão – genérica e específica – seria demasiado injusto e irrazoável.

Em lado oposto, ou seja, entendendo que a responsabilidade objetiva se aplica tanto para as ações quanto para as omissões estatais, podem ser citados nomes também de peso no cenário do direito público nacional<sup>1206</sup>. José Afonso da Silva, por exemplo, defende que a responsabilidade do Estado é sempre objetiva, sustentando que tal responsabilidade é informada a partir da valoração do elemento subjetivo apenas na relação travada entre a Administração e o agente causador do dano, necessária para fundamentar a ação regressiva imposta pela Constituição.<sup>1207</sup>

João Aguinaldo Gandini e Diana Salomão não admitem que o legislador constituinte de 1987/1988, justamente num momento de grande progresso em relação ao tema da responsabilidade civil extracontratual do Estado, pudesse retroagir para fixar a responsabilidade objetiva apenas para as condutas comissivas.<sup>1208</sup>

---

<sup>1205</sup> CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *O novo regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa*. Disponível em: [https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/6encontroscsm\\_carloscadilha2.pdf](https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/6encontroscsm_carloscadilha2.pdf) Acesso em: 27.05.2015.

<sup>1206</sup> Além dos autores que aderem à responsabilidade objetiva para os casos de omissão, mencionados no texto, deve-se fazer referência à existência de vários outros, como destaque para CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade...*, cit., 1995, p. 40; MEDAUAR, Odete. *Direito...*, cit., 2015, p. 433; e BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 190.

<sup>1207</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso...*, cit., 2012, pp. 658-659.

<sup>1208</sup> Segundo esses autores, “Entender-se que o legislador brasileiro, muito bem informado, à época, da evolução do instituto, teria recuado no tempo, estabelecendo a responsabilidade objetiva apenas para os casos

Cavaliere Filho, na sua elogiada obra “Programa de Responsabilidade Civil”, também rechaça a ideia de que as condutas omissivas do Estado não estariam cobertas pela responsabilidade objetiva. Para o autor, o ato ilícito, na moderna sistemática da responsabilidade civil, não mais se apresenta sempre com o elemento subjetivo (culpa), tal como definido no art. 186 do atual Código Civil brasileiro. Há, também, o ato ilícito em sentido *lato*, que se traduz na mera contrariedade entre a conduta e o dever jurídico imposto pela norma, sem qualquer referência ao elemento subjetivo ou psicológico, e que serve de fundamento para toda a teoria da responsabilidade objetiva<sup>1209</sup>. A omissão, em termos mediatos, carrega em si “o frustrado *princípio ativo* do dever estatal não-cumprido”<sup>1210</sup>. Ainda segundo o mencionado autor, é necessário, também, distinguir entre a omissão *genérica* do Estado, hipótese em que o poder público não estaria obrigado a reparar eventuais danos, e a omissão *específica*, em que o Estado responderia de forma objetiva.<sup>1211</sup> De fato, nem toda omissão estatal deverá ser examinada à luz da teoria da culpa. Com efeito, as omissões específicas retratam situações em que há um dever jurídico e individualizado de agir, seja porque uma conduta administrativa anterior tornou necessária a ação para evitar o evento danoso, seja porque a ordem jurídica determinou alguma conduta positiva ao agente estatal.

Por fim, também o professor Juarez Freitas compartilha do entendimento de que tanto as condutas comissivas quanto as omissivas estão cobertas pela responsabilidade

---

de conduta comissiva, retroagindo, no que tange à omissiva, aos tempos da culpa civilística ou da *faute du service*, seria demasiado. Aliás, a responsabilidade objetiva já vinha consagrada no direito brasileiro desde a Constituição Federal de 1946 (art. 194). Por que, então, o legislador constitucional, ao invés de avançar, teria preferido recuar, distinguindo as duas condutas? Qual o fundamento, legal e político, para a distinção? Note-se que no que concerne ao agente estatal causador do dano o constituinte avançou substituindo a expressão 'funcionário' por 'agente', muito mais abrangente. Estendeu a responsabilidade também para os particulares prestadores de serviço público (a chamada desestatização apenas engatinhava). Ora, porque, então, no que tange à conduta do agente, aquele teria recuado quase um século, para, a par da responsabilidade objetiva, fixada para a conduta comissiva, estatuir a responsabilidade subjetiva em caso de conduta omissiva?”. GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. *Responsabilidade...*, cit., 2003, pp. 199-230.

<sup>1209</sup> FILHO, Sergio Cavaliere. *Programa...*, cit., 2012, p. 266 e ss.

<sup>1210</sup> FREITAS, Juarez. *Responsabilidade...*, cit., 2006, p. 181.

<sup>1211</sup> Segundo Cavaliere Filho, “Haverá omissão específica quando o Estado, por omissão sua, cria a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2012, p. 266 e ss.

objetiva, ao afirmar que “não há nada de substancial, no sistema brasileiro, que justifique um tratamento radicalmente distinto entre ações e omissões: a responsabilidade é proporcional”<sup>1212</sup>. Com efeito, a responsabilidade objetiva do Estado merece ser traduzida como obrigação de reparar ou compensar os danos materiais e imateriais causados a terceiros por ação ou omissão desproporcional e antijurídica dos agentes públicos, quando atuem nessa qualidade, pois a omissão é causa de dano anômalo e injusto, sendo desaconselhável “enquadrá-la como simples condição para o evento danoso, tampouco concebê-la como mera situação propiciatória”.<sup>1213</sup>

Embora todos os doutrinadores citados apresentem fortes argumentos para suas teses, sejam elas objetivistas ou subjetivistas, parece certo, pelo menos em relação a alguns, que existe um equívoco conceitual na abordagem: a expressão *conduta ilícita* não é nem pode ser utilizada como sinônimo de *conduta culposa*. Conforme já salientado, toda omissão culposa será à evidência uma omissão ilícita, por afrontar a ordem jurídica, no entanto nem toda conduta ilícita será, necessariamente, *culposa*. Desse modo, mesmo que não haja *culpa do serviço* ou do *agente*<sup>1214</sup>, ainda assim é claramente possível caracterizar a omissão como ilícita, desde que, por exemplo, haja disposição legal expressa a determinar a conduta positiva do poder público ou, por outro lado, que a omissão contrarie os princípios que informam a atividade administrativa. Tal inatividade, num e noutra caso, ainda que eventualmente não seja caracterizada como culposa, certamente carregará em si uma carga de antijuridicidade.

Ao examinar as omissões ilícitas, Daniel Ferreira defende a *imputação objetiva* do resultado, expressão que quer significar o “artifício jurídico por meio do qual se atribui a um sujeito a responsabilidade por um resultado (de dano, no caso) à conta de sua não evitação, como exigida pelo direito, ainda que diretamente produzido por outrem”<sup>1215</sup>. A

---

<sup>1212</sup> FREITAS, Juarez. *Responsabilidade...*, cit., 2006, p. 171.

<sup>1213</sup> FREITAS, Juarez. *Responsabilidade...*, cit., 2006, pp. 170-181.

<sup>1214</sup> A culpa do serviço (*faute du service*), culpa anônima ou simplesmente culpa administrativa tem lugar sempre que o fato que acarrete dano a um particular seja proveniente do mau funcionamento do serviço, ao contrário do que seria legítimo esperar de um serviço público eficiente e moderno; na culpa do serviço não há a necessidade de individualizar o agente público causador do dano. Diferentemente, a culpa do agente (*faute de service*) exige a individualização da omissão ilícita de parte de algum agente estatal, circunstância que acaba por dificultar a reparação em certos casos. Conforme RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 332 e ss.

<sup>1215</sup> FERREIRA, Daniel. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Contornos Gerais e Controvérsias*. In *Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos* (Coordenação: Alexandre Dartanhan de Mello Guerra, Luis Manuel Fonseca Pires e Marcelo Benacchio). São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 58.

imputação objetiva do resultado, portanto, não está conexiada à ideia de culpa ou dolo, mas, antes, de *antijuridicidade*.<sup>1216</sup>

Tem-se, pois, que a consideração sobre a ilicitude da omissão deve “transcender a abordagem subjetivista acerca da prova da imperícia, da imprudência, da negligência ou da intencionalidade”<sup>1217</sup> para se adequar à ideia de *juridicidade*, pois em qualquer conduta (ação ou omissão) que ocasione danos a particulares o que deve ser levado em consideração para fins de reparação é a contrariedade desta à ordem jurídica, e não simplesmente relegar a discussão ao aspecto subjetivista da questão, hipótese que parece atender mais ao interesse público secundário<sup>1218</sup> do que propriamente ao interesse público primário, compreendido na atualidade como o interesse social, ou seja, aquilo que reflete o que a sociedade entende por “bem comum”, a “tutela daqueles valores e bens mais elevados”<sup>1219</sup> para o povo e não, por certo, para o aparelho administrativo. Em síntese, se o Estado não deve ser nivelado à condição de segurador universal, “tampouco deverá ser omissor e descumpridor dos deveres defensivos e prestacionais ou positivos”.<sup>1220</sup>

Para Juarez Freitas, quando se tratar de uma inatividade determinada ou determinável, ensejadora do nexa causal direto – em razão do descumprimento de dever positivo –, o ônus da prova das excludentes incumbe às pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público, independentemente de indagação adstrita à noção de omissão *volutária*, negligência ou imprudência, nos termos do Código Civil, art. 927, *caput*<sup>1221</sup>, tendo em conta que, à semelhança do que ocorre com as condutas positivas, a responsabilidade extracontratual por omissão haverá de ser “proporcional e

---

<sup>1216</sup> Segundo Daniel Ferreira, “no estreito nicho da atuação estatal negativa não se propõe a discussão acerca da juridicidade ou da antijuridicidade da conduta imputável ao agente do Estado, na exata medida em que somente a omissão desconforme à lei (e ao Direito!) pode dar enchaça à reparação patrimonial correspondente, porque reflexa da falta de cumprimento regular de um dever legalmente estatuído, qual seja e em reprise, o de evitar o dano”. FERREIRA, Daniel. *Responsabilidade...*, cit., 2010, p. 58.

<sup>1217</sup> FREITAS, Juarez. *Responsabilidade...*, cit., 2006, p. 185.

<sup>1218</sup> É conhecida a clássica lição de Alessi, para quem o interesse *público* não é nada mais do que o interesse coletivo primário considerado como sujeito de tutela direta para a ação administrativa, enquanto que o interesse da Administração, enquanto entidade organizada, não representa senão um dos interesses secundários que existem em determinado grupo social. ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo I, Barcelona: Bosch, 1970, p. 184.

<sup>1219</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000, p. 27.

<sup>1220</sup> FREITAS, Juarez. *Responsabilidade...*, cit., 2006, p. 185.

<sup>1221</sup> CC/2002, art. 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

objetiva, com a mencionada inversão do ônus da prova que não se confunde com a simples presunção de culpa do Poder Público”.<sup>1222</sup>

Examinando os argumentos doutrinários antes expostos, não há dúvidas de que o principal fato gerador da divergência sobre a responsabilidade estatal no Brasil é a redação da norma contida no § 6º do art. 37 da Constituição, que estabelece a responsabilidade objetiva do Estado em relação aos danos *causados* a terceiros por agentes públicos, mas não faz nenhuma referência expressa à omissão estatal. O teor do dispositivo constitucional em questão é precisamente o seguinte: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, *causarem* a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Para os defensores da corrente subjetivista, o vocábulo “causarem”, utilizado pelo legislador constituinte, estaria a indicar que somente as condutas positivas estariam abarcadas pela regra da responsabilidade objetiva. Com o devido acatamento, tal raciocínio não resiste aos princípios mais comezinhos de interpretação jurídica<sup>1223</sup>, pois tanto a ação quanto a omissão podem ser *causas* de um resultado danoso. Daniel Ferreira, a propósito dessa discussão, sustenta que a expressão utilizada pela Constituição (‘danos causados’) há de também albergar as situações de danos ‘propiciados’, ou seja, “aqueles para cuja realização a atuação do Poder Público foi imprescindível, ainda que não (direta ou indiretamente) causadora do gravame patrimonial. É dizer, a relação entre a inação estatal injustificável e o dano não é de causa e efeito, mas de condição”.<sup>1224</sup>

A divergência doutrinária antes exposta ganha eco também na jurisprudência dos tribunais brasileiros, causando com isso claro prejuízo aos administrados, pois muitas vezes casos semelhantes que são levados à apreciação do Poder Judiciário encontram respostas totalmente antagônicas, circunstância que acaba por ofender o princípio da segurança jurídica, além de gerar uma *sensação* de injustiça perante os administrados.

---

<sup>1222</sup> FREITAS, Juarez. *Responsabilidade...*, cit., 2006, p. 181.

<sup>1223</sup> É conhecida a antiga – mas sempre atual – lição de Carlos Maximiliano, segundo a qual “Interpretam-se amplamente as leis providas, *remedial statues* dos norte-americanos, as normas feitas para corrigir defeitos de outras; abolir ou remediar males, dificuldades, injustiças, ônus, gravames”. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1933, p. 222.

<sup>1224</sup> FERREIRA, Daniel. *Responsabilidade...*, cit., 2010, p. 56.



Apesar de os tribunais brasileiros não se entenderem em relação aos danos provocados pelas omissões estatais, é possível afirmar que, neste momento, ainda predominam as decisões que se fundam na tese subjetivista. No entanto, vários juízos e tribunais (desde a 1ª instância até o Supremo Tribunal Federal) têm proferido *aqui e acolá* decisões condenando o Estado por dano decorrente de omissão, com base na responsabilidade objetiva.<sup>1225</sup>

Ocorre que o mesmo Supremo Tribunal Federal – além de vários outros tribunais e juízos monocráticos brasileiros – também prolata decisões declarando que os danos provocados por omissões estatais devem ser apurados à luz da teoria da responsabilidade subjetiva, com aferição de culpa (do agente ou do serviço)<sup>1226</sup>. Como já afirmado, esta é a corrente que parece prevalecer neste momento, embora possa se reconhecer certa tendência para a modificação desse entendimento.

---

<sup>1225</sup> (...) A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. - Os elementos que compõem a estrutura e delinham o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (...) O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno. - A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do Poder Público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos. (STF, RE 109615/RJ. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento: 28/05/1996. Primeira Turma. Publicação DJ 02-08-1996)

<sup>1226</sup> (...) I. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por esse ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, em sentido estrito, esta numa de suas três vertentes -- a negligência, a imperícia ou a imprudência -- não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. - A falta do serviço -- *faute du service* dos franceses -- não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro. III. - Detento ferido por outro detento: responsabilidade civil do Estado: ocorrência da falta do serviço, com a culpa genérica do serviço público, por isso que o Estado deve zelar pela integridade física do preso. (STF, RE 382054, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 03/08/2004, DJ 01-10-2004)

O Superior Tribunal de Justiça, Corte brasileira de instância superior cuja estrutura institucional só está abaixo do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, também possui decisões fundadas na responsabilidade objetiva<sup>1227</sup> quando o dano resultar de omissão estatal e, outras fundadas na teoria subjetivista<sup>1228</sup>, ilustrando a dissonância jurisprudencial.

Pois bem, após análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, deve-se registrar que as decisões dos tribunais brasileiros são proferidas muito mais levando em consideração aspectos pontuais do caso concreto do que pelo alinhamento, pelos magistrados, às doutrinas objetivista ou subjetivista, fato que acarreta, repita-se, grave insegurança jurídica aos administrados. O que é certo, entretanto, é que o Estado não pode ser responsabilizado objetivamente por omissões *genéricas*. Não pode, *v. g.*, ser responsabilizado pelos prejuízos advindos da falta de policiamento efetivo, uma vez que é inconcebível que se desenvolva em todos os lugares e momentos a vigilância, que se encontre presente a força policial em todo e qualquer lugar que possa ocorrer um tumulto, uma violência, um assalto.<sup>1229</sup>

De tudo que foi exposto, propõe-se agora formatar uma síntese conclusiva que servirá de base de apoio para a elaboração do derradeiro capítulo desta pesquisa, momento em que será analisada a possibilidade e também estruturadas as condições necessárias à reparação de danos por parte do Estado pela não expedição de regulamentos administrativos. As conclusões preparatórias são as seguintes:

---

<sup>1227</sup> Processual civil e administrativo. Responsabilidade civil do estado. Detento morto após ser recolhido ao estabelecimento prisional. Responsabilidade objetiva do estado. Sobrevida provável (65 anos). Precedentes. 1. Tratam os autos de ação reparatória de danos advindos de delito ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Goiás contra o Estado de Goiás pleiteando indenização por danos morais e materiais bem como indenização mensal a título de pensão aos dependentes de vítima de morte em estabelecimento prisional. (...) 2. No que se refere à morte de preso sob custódia do Estado, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a responsabilidade civil do ente público é objetiva. (STJ, REsp 847687/GO, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, Julgamento 17.10.2006, DJ 25.06.2007)

<sup>1228</sup> Administrativo. Responsabilidade civil do estado. Queda de árvore. Dano em veículo estacionado na via pública. Notificação da prefeitura acerca do risco. Inércia. Negligência administrativa comprovada. Dever de indenizar mantido. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. (...) 1. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de ser subjetiva a responsabilidade civil do Estado nas hipóteses de omissão, devendo ser demonstrada a presença concomitante do dano, da negligência administrativa e do nexo de causalidade entre o evento danoso e o comportamento ilícito do Poder Público. Precedentes. 2. Na hipótese dos autos, conquanto a Corte a quo tenha acenado com a responsabilidade objetiva do Estado, restaram assentados no acórdão os pressupostos da responsabilidade subjetiva, inclusive a conduta culposa, traduzida na negligência do Poder Público, pois mesmo cientificado do risco de queda da árvore três meses antes, manteve-se inerte. (STJ, REsp 1230155/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, Julgamento 05.09.2013, DJe 17.09.2013)

<sup>1229</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 2. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 363.

- a) a responsabilidade objetiva do Estado relativamente aos danos decorrentes das ações de seus agentes, sejam elas lícitas ou ilícitas, consubstancia uma garantia fundamental do administrado e também pedra angular do estado democrático de direito, razão pela qual sequer pode ser objeto de retrocesso;<sup>1230</sup>
- b) as omissões, diferentemente, somente são sancionadas pela medida reparatória quando ilícitas<sup>1231</sup>. Não obstante, a *ilicitude*, fato gerador da responsabilidade do Estado nos casos de omissão, não pode ser *automaticamente* associada à ideia de culpa, pois é perfeitamente possível que uma conduta não caracterize culpa (imprudência, imperícia e negligência e ainda, por equiparação, o dolo) e mesmo assim seja considerada *antijurídica* e, pois, fonte de responsabilidade;<sup>12321233</sup>
- c) o Estado deve responder objetivamente tanto por suas ações quanto omissões<sup>1234</sup>. No entanto, em relação às suas ações, é possível sua responsabilização ainda que a conduta seja lícita; nas omissões<sup>1235</sup>, conquanto o Estado também responda objetivamente por eventuais danos provocados, estes somente emergirão a partir de condutas ilícitas da administração, como, por exemplo, a desobediência a mandamento legal ou constitucional;<sup>12361237</sup>
- d) as omissões que podem acarretar danos e, conseqüentemente, responsabilizar objetivamente o Estado são apenas as omissões específicas,

---

<sup>1230</sup> Conforme lição do Professor Canotilho, a proibição de retrocesso faz com que os direitos sociais estejam garantidos como núcleo efetivo do ordenamento jurídico. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 340.

<sup>1231</sup> Pois a omissão, examinada por seu aspecto puramente físico ou naturalístico, “é ausência de comportamento, um não fazer, um nada. Assim, como, do nada, nada surge, em si mesma, a omissão não teria relevância causal”. Conforme CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2012, pp. 67 e ss.

<sup>1232</sup> Nesse sentido, SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, pp. 428-429.

<sup>1233</sup> É possível concluir, na esteira de Cavaliere Filho, “que a omissão adquire relevância causal porque a norma lhe empresta esse sopro vital, impondo ao sujeito um determinado comportamento. Quando não houver esse dever jurídico de agir, a omissão não terá relevância causal e, conseqüentemente, nem jurídica.”. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2012, p. 67 e ss.

<sup>1234</sup> Para Juarez Freitas, a quem acompanhamos, “A responsabilidade do Estado bem pode ser objetiva, sem que, para isso, tenha-se de acolher a indenização de qualquer dano que não se enquadre como antijurídico e desproporcional. Por essa via, afasta-se, por inteiro, a conversão absurda e bizarra do Estado em segurador universal. Mais: aplica-se vantajosamente o nexo de causalidade proporcional, que impele o Poder Público a cumprir as suas indeclináveis tarefas positivas e negativas, hoje negligenciadas. Tudo no intuito de proteger a intersubjetiva dignidade humana, além de razer respeitar a intangibilidade nuclear dos direitos fundamentais”. FREITAS, Juarez. *Responsabilidade...*, cit., 2006, p. 171.

<sup>1235</sup> Vejamos a lúcida lição de Sundfeld: “quando em pauta a responsabilidade por comportamento negativo, o Estado só responderá se houver omitido dever que lhe tenha sido prescrito pelas normas; não se sua inação for lícita. É que o conceito de omissão, em direito, está ligado ao de ilicitude. Sob o ponto de vista jurídico, a mera inação não configura omissão; esta só se apresenta quando, tendo o dever de agir, o sujeito fica inerte. Assim, o Estado não é obrigado a indenizar pelo homicídio praticado pela mulher contra o marido, dentro de casa, embora seja certo que a presença da polícia no local, antes do evento, impediria sua consumação. É que inexistente um dever jurídico de o Poder Público policial o interior das residências; logo, não ocorreu omissão.”. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 175.

<sup>1236</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 429.

<sup>1237</sup> A omissão que implica indenização pelo estado há de se revelar como típica (como contrária a uma obrigação ‘jurídica’ de evitar o dano) de resultado (de dano). Além disso, pressupõe sua antijuridicidade, ou seja, o fato de ser contrária ao Direito. Conforme FERREIRA, Daniel. *Responsabilidade...*, cit., 2010, p. 60.

isto é, aquelas em que o Estado deveria agir para evitar eventuais danos e mesmo assim se quedou inerte<sup>1238</sup>. As omissões genéricas, portanto, como regra não dão azo a reparações de dano, precisamente por não constituírem verdadeiro fato gerador de prejuízo ante a ausência denexo causal direto;<sup>1239</sup>

- e) a análise da ilicitude da omissão estatal deve perpassar, sempre e necessariamente, por um exame de proporcionalidade<sup>1240</sup>, pois as “desproporções – para mais ou para menos – caracterizam violações ao princípio e, portanto, *antijuridicidade*<sup>1241</sup>. Além disso, a ilicitude deve ser aferida não apenas em relação às *regras* contidas na ordem jurídica, mas também os *princípios* que informam a atividade administrativa, tais como os da *legalidade*, *eficiência* e *moralidade*, entre outros.

A partir das proposições antes delineadas, é possível concluir, ancorado na doutrina de Pessoa Jorge, que a concepção objetivista da ilicitude verifica apenas a conduta em sua materialidade ou exterioridade e observa a desconformidade dela com o que o direito queria; daí a concepção do ilícito desvinculada da ideia de culpa. Já a corrente subjetivista defende que a qualificação de uma conduta como ilícita implica fazer-se acerca dela um juízo de valor, que só é possível se tal conduta resultar de um ato humano, consciente e livre<sup>1242</sup>. A corrente subjetivista, vale dizer, não leva em consideração *outra ilicitude* senão aquela adveniente do conceito de culpa, em suas variadas modalidades.

Como foi possível notar, *ilicitude* e *culpa* não podem ser utilizados como termos sinônimos. Com efeito, haverá ilicitude sempre que uma conduta for descrita como proibida pela ordem jurídica ou, ao contrário, quando uma norma (regra ou princípio) estiver a exigir um comportamento positivo e seu destinatário institucional se mantiver inerte, contrariando com seu silêncio o comando legal. Numa palavra: há ilicitude quando a conduta violar o direito<sup>1243</sup>. A conduta culposa, conquanto também seja ilícita, decorre

---

<sup>1238</sup> Segundo Cavalieri Filho, “Não há dúvida, entretanto, agora já examinada a omissão pelo aspecto normativo, de que o Direito nos impõe, muitas vezes, o dever de agir, casos em que, nos omitindo, além de violar dever jurídico, deixamos de impedir a ocorrência de um resultado. Dessa forma, embora a omissão não dê causa a nenhum resultado, não desencadeie qualquer nexocausal, pode ser causa para não impedir o resultado”. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2012, p. 67 e ss.

<sup>1239</sup> Conforme SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 429.

<sup>1240</sup> Para Freitas, O princípio da proporcionalidade não estatui simples adequação meio-fim. Para ser preciso, a ofensa à proporcionalidade ocorre, com frequência, quando, na presença de valores legítimos a sopesar, o agente público dá prioridade a um deles, em detrimento abusivo de outros. Não por acaso, o princípio da proporcionalidade avulta no cotejo dos direitos fundamentais. Comum, no entanto, que haja sacrifícios aceitáveis na aplicação do direito público. O vício ocorrerá somente na instauração do sacrifício iníquo. FREITAS, Juarez. *Responsabilidade...*, cit., 2006, p. 173.

<sup>1241</sup> FREITAS, Juarez. *Responsabilidade...*, cit., 2006, p. 172.

<sup>1242</sup> JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., 1999, p. 63.

<sup>1243</sup> Para Sousa e Matos, “Ilicitude é sinónimo de antijuridicidade, que se expressa num juízo negativo (ou desvalor) formulado pela ordem jurídica (predominantemente incidente sobre o facto ou sobre o seu resultado, consoante as situações). Ilícita é, por isso, qualquer conduta que viole o bloco de legalidade (isto é,

sempre da violação de um dever de conduta, da falta de cuidado, de zelo, enfim. A culpa<sup>1244</sup> é, pois, somente uma das faces da ilicitude, ou seja, é apenas uma *espécie* do *gênero* ilicitude. Por tal razão a doutrina clássica de Pontes de Miranda já advertia várias décadas atrás que é absolutamente possível algo ser contrário ao direito sem que, no caso concreto, haja a identificação de culpa de quem quer que seja.<sup>1245</sup> A antijuridicidade, portanto, para além de englobar as condutas culposas e dolosas individualmente consideradas, abarca também o abuso de direito<sup>1246</sup> e um sem número de outras condutas que violem formal ou materialmente os valores jurídicos de um sistema<sup>1247</sup>.

Por fim, deve-se ressaltar que para além das teorias que foram desenvolvidas ao longo dos últimos séculos para criar parâmetros fundantes de um sistema de responsabilidade civil, parece chegar o momento de encontrar uma terceira via, isto é, de desgarrar-se das concepções objetivistas e subjetivistas de outrora e perceber que na responsabilidade civil dos dias atuais “há algo de intrínseco, de anterior, de pressuposto, na concepção do dever de reparar o dano causado; algo que está antes na essência do homem, ou mais que isso, está na essência da humanidade, da qual ele faz parte”<sup>1248</sup>. Esse algo, segundo a doutrina de Giselda Hironaka, traduz-se no princípio da dignidade da pessoa humana, que deve ser elevado a pressuposto inarredável à responsabilização estatal, pouco

---

que seja ilegal); assim, são ilícitos os actos que violem princípios ou regras constitucionais, legais ou regulamentares (ou ainda internacionais ou comunitários) ou infrinjam regras técnicas ou deveres objetivos de cuidado, bem como aqueles que violem os parâmetros pelos quais deve reger-se o funcionamento normal dos serviços”. SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008, pp. 20-21.

<sup>1244</sup> Segundo o disposto no art. 10º, I do RRCEC português, a culpa deve ser apreciada à luz da diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão ou agente zeloso e cumpridor. Sousa e Matos referem que a formulação contida no art. 10º, I, é vazia e insatisfatória. Para tais autores, “Conforme é corrente no direito da responsabilidade civil, deve entender-se que estão em causa a diligência e a aptidão de um titular de órgão ou agente médios. As ‘circunstâncias de cada caso’ não podem deixar de levar em consideração os deveres funcionais do concreto titular de órgão ou agente (como resulta do art. 8º, I RRCEC, parte final), mas também de modo a que seja respeitado o princípio segundo o qual ninguém é obrigado a mais do que aquilo que pode fazer (ultra posse nemo obligatur), mas também de modo a evitar que as condutas de titulares de órgãos ou agentes administrativos de topo sejam avaliadas segundo padrões de diligência benevolentes em razão da importância das funções que lhes estão cometidas”. SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008, p. 26.

<sup>1245</sup> Dizia Pontes de Miranda que “À contrariedade a direito não é essencial juntar-se culpa”. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral, Tomo II*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 197.

<sup>1246</sup> O Código Civil brasileiro refere-se ao abuso de direito da seguinte forma: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

<sup>1247</sup> A propósito, Heloisa Carpena afirma que “A antijuridicidade pode resultar tanto da violação da forma como do sentido valorativo dos direitos”. CARPENNA, Heloisa. *Abuso de direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 58.

<sup>1248</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade...*, cit., 2005, pp. 347-348

importando se a lesão é causada por ação ou omissão. Por isso, é premente a necessidade de criar uma regra geral ou princípio fundamental que traga a certeza que somente os danos absolutamente inevitáveis fiquem à margem de reparação. Os danos de qualquer natureza que poderiam ser evitados pelo Estado, portanto, devem, só por isso, ser objeto de reparação, por ser medida de justiça e equidade.<sup>1249</sup>

### **3.7.3. Excludentes da responsabilidade estatal no Direito brasileiro**

Uma das consequências da adoção da responsabilidade objetiva com fundamento na teoria do risco administrativo é a possibilidade conferida ao Estado de, presentes certas circunstâncias, ver excluída ou atenuada sua responsabilidade pela ocorrência do fato lesivo. E é assim porque a teoria do risco administrativo impõe ao Estado o dever de indenizar somente quando o dano tiver sido produzido a partir de um comportamento desenvolvido pelos agentes estatais, com base na comprovação do nexos causal direto. Por tal razão, há algumas situações que excluem ou, ao menos, minimizam a responsabilidade extracontratual do Estado. São elas: a força maior e o caso fortuito, a culpa da vítima e o ato de terceiro. Estas causas de exclusão ou modificação da responsabilidade estatal são cumuláveis entre si, devendo-se, nesse caso, apurar-se em que proporção cada uma delas ocorreu, bem como se o risco criado pela Administração concorreu para o dano.<sup>1250</sup>

#### **3.7.3.1. Caso fortuito e força maior**

Há situações em que o dano experimentado pela vítima é provocado por fatos estranhos à Administração, casos em que não se pode imputar ao Estado o dever de indenizar. Com efeito, os eventos de força maior ou caso fortuito excluem a responsabilidade civil do Estado, tendo em vista que a ocorrência dessas situações

---

<sup>1249</sup> Segundo a doutrina de Giselda Hironaka, “A regra, enfim, é a certeza de que as lesões evitáveis devem ser reparadas. Para tanto, as prescrições do legislador, transmutadas em textos legislativos que pré-determinam e presumem a ocorrência do dano, igualmente imputam, ao agente, o dever de repará-lo. Somente os danos absolutamente inevitáveis deixarão de ser reparados, exonerando-se o responsabilizado”. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade...*, cit., 2005, p. 350.

<sup>1250</sup> SOUZA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Responsabilidade...*, cit., p. 40.

evidencia a ausência de ação estatal e, por conseguinte, também do nexo de causalidade, pressupostos inafastáveis para a responsabilização civil extracontratual do Estado.<sup>1251</sup>

Força maior é o evento de ocorrência externa, assim entendido por ser alheio à vontade do ser humano e, por consequência, não imputável ao Estado. Ainda que previsíveis em alguns casos, os eventos de força maior consubstanciam situações irresistíveis, insuperáveis, normalmente relacionadas às forças da natureza, tais como terremotos, maremotos, ciclones, *tsunamis*, raios, erupções vulcânicas etc. Diversamente da força maior, o caso fortuito se apresenta como um evento interno, isto é, relacionado direta ou indiretamente com a conduta humana, mas que, tal como a força maior, revela-se irresistível<sup>12521253</sup>. Não se pode confundir um motivo de força maior (ex: chuvas torrenciais extraordinárias) com a simples omissão do poder público, nas hipóteses em que não adota as cautelas necessárias para evitar danos em período chuvoso<sup>12541255</sup>. Embora em regra a força maior e o caso fortuito sejam genericamente enquadrados pelo Poder Judiciário como fatos indissociáveis, um com outro não se confunde, pois enquanto a *imprevisibilidade* é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, a *inevitabilidade* o é da força maior<sup>125612571258</sup>.

---

<sup>1251</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, pp. 417-418.

<sup>1252</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 419.

<sup>1253</sup> Conforme a doutrina clássica de Cunha Gonçalves, o caso fortuito se materializa por meio de um “fato imprevisto e irresistível”; na força maior, diferentemente, o acontecimento até pode ser previsto, mas não pode “ser dominado, pelo menos dentro das forças do devedor”. GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume IV, Coimbra: Editora Coimbra, 1932, p. 527.

<sup>1254</sup> “A Administração Pública será responsabilizada pela reparação dos danos sofridos pelos particulares, provocados por eventos inevitáveis da natureza (chuvas torrenciais, inundações, alagamentos, deslizamentos, desmoronamentos), desde que, por sua omissão ou atuação deficiente, deixando de realizar obras que razoavelmente lhe eram exigíveis (ou as realizando de maneira insatisfatória), poderia ter evitado a causação do prejuízo, ou atenuado as suas consequências.”. CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade...*, cit., 1995, p. 58.

<sup>1255</sup> Gasparini faz o seguinte alerta: “Observe-se que, em certos eventos, o fato de os danos não terem sido causados pelo Estado não o libera da responsabilidade de indenizar se o comportamento público em relação a eles foi culposos ou doloso. Logo, se cabia ao Estado desobstruir as galerias de águas pluviais e não o fez, ocorrida a inundação em razão dessa negligência, a indenização é devida”. GASPARINI, Diogenes. *Direito...*, cit., 2010, pp. 1107-1108.

<sup>1256</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2012, p. 71.

<sup>1257</sup> Segundo o disposto no art. 393 do Código Civil de 2002, força maior e caso fortuito compreendem “fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”.

<sup>1258</sup> Irene Nohara sustenta que o novo Código Civil conferiu idêntico tratamento à força maior e ao caso fortuito, porquanto de ambos decorrem efeitos inevitáveis. Segundo esta autora, “Tendo em vista a definição conjunta dada aos termos, que são analisados em função da inevitabilidade dos efeitos, já não se discute mais as diferenças entre eles, pois se trata de assunto muito controvertido, havendo entendimentos opostos tanto na

Se o evento de força maior rompe o nexo de causalidade e, por isso, isenta o Estado de responsabilidade, no caso fortuito há um outro detalhe a ser observado, qual seja, se se trata de caso fortuito *interno*, que não tem o condão de excluir a responsabilidade estatal, ou de caso fortuito *externo*, este sim capaz de romper o liame causal e isentar o Estado de responsabilidade. Com efeito, o caso fortuito interno<sup>1259</sup> é aquele que se insere na “linha de desdobramento natural da atividade desenvolvida pelo agente, de modo que sua tão só ocorrência não será capaz de eliminar o nexo causal, obrigando o agente à indenização. Já no caso fortuito externo não se há cogitar o dever de indenizar”.<sup>1260</sup>

---

seara do Direito Civil como no Direito Administrativo”. NOHARA, Irene Patrícia. *Direito...*, cit., 2012, pp. 785-786.

<sup>1259</sup> Braga Netto exemplifica o fortuito interno da seguinte forma: “Digamos que, durante viagem de ônibus, o motorista sofre um ataque cardíaco e o ônibus se desgoverna. Ou há o estouro de um dos pneus. Ou defeito nos freios. Em todos esses casos, o dano guarda relação com a atividade desenvolvida pela empresa, havendo, em consequência, responsabilidade civil por danos oriundos desses fatos, ainda que imprevisíveis (de nada valerá a empresa provar que os motoristas passam por exames preventivos periódicos, ou mesmo que todos os pneus e freios da frota de ônibus estão em excelentes condições de conservação. Ainda que prove esses fatos, a empresa responderá pelos danos). Tais acontecimentos fazem parte do chamado risco da atividade”. BRAGA NETTO, Felipe P. *Manual...*, cit., p. 138.

<sup>1260</sup> GUERRA, Alexandre Dartanham de Mello. *Hipóteses de Não Incidência de Responsabilidade Civil do Estado. In Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos* (Coordenação: Alexandre Dartanham de Mello Guerra, Luis Manuel Fonseca Pires e Marcelo Benacchio). São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 322.

<sup>1261</sup> “A concessionária de serviço público não responde pelo roubo a mão armada ocorrido no interior do ônibus”. (STJ, REsp 331.801, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgamento 05/04/10)

<sup>1262</sup> A Professora Odete Medauar diferencia força maior e caso fortuito, para sustentar em seguida que diante de um evento de força maior o Estado não deve indenizar, ao passo que na ocorrência de caso fortuito pode haver a responsabilização, se presente o nexo causal. Vejamos: “Habitualmente se mencionam duas locuções no tema das excludentes da responsabilidade do Estado; a força maior e o caso fortuito. Não há uniformidade na doutrina administrativista brasileira quanto ao significado de cada uma; o que para alguns é *caso fortuito*, para outros é *força maior*. Nos dicionários a locução força maior vem mencionada como algo irresistível, enquanto o caso fortuito traduz-se como acidente. Entre os fatores de exclusão está a força maior, expressa em irresistíveis fatos da natureza, por exemplo: inundação de rio, ressaca de mar na praia, queda de raio, tremor de terra, chuva de granizo (...). O caso fortuito diz respeito a um acidente ou falha material, técnica ou humana, sem ciência precisa do motivo. Nesta hipótese, assemelhada ao chamado *fato das coisas*, pode haver responsabilização, se presente o nexo causal”. MEDAUAR, Odete. *Direito...*, cit., 2007, p. 373.

<sup>1263</sup> No mesmo sentido, afirma Araújo que “no caso fortuito, em que a causa permanece desconhecida, diferentemente do que sucede na força maior, inexistente a possibilidade exonetrária quando a responsabilidade é fundada no risco”. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso...*, cit., 2007, p. 743.



### 3.7.3.2. Fato da vítima

A culpa da vítima também exclui ou, ao menos, atenua a responsabilidade estatal. Pensar diferente seria atentado contra o próprio direito, pois não se concebe como situação juridicamente aceita por qualquer ordenamento que uma pessoa tenha dado causa a um dano injusto e, ainda assim, seja indenizada pelos prejuízos eventualmente experimentados<sup>1264</sup>. Por isso, se o prejuízo ocorreu por culpa exclusiva da vítima, será excluída por completo a responsabilidade do Estado<sup>1265</sup>; se, contudo, “houver culpa parcial da vítima (ou concausa), parcial será o dever indenizatório”<sup>1266</sup>, sendo, pois, neste caso, atenuada a responsabilidade estatal.<sup>1267</sup>

Portanto, no caso de culpa exclusiva da vítima, em verdade o causador do dano não passa de “mero instrumento do acidente”<sup>1268</sup>, porquanto ausente o necessário liame de causalidade entre o seu ato e o prejuízo experimentado. Com efeito, estarão presentes os dados: existência de uma vítima, realização de função administrativa e dano. Mas a culpa, decisivamente, não foi do agente público, não sendo a lesão, por isso, objeto de responsabilização estatal, em razão de a causa não ter sido idônea: a vítima concorreu para o evento.<sup>1269</sup> Tais circunstâncias evidenciam, pois, a ausência de relação causal entre a conduta estatal e o evento danoso.

---

<sup>1264</sup> Sousa e Matos alertam que “a culpa do lesado não exclui em abstracto a efectivação da responsabilidade civil; o juízo sobre a subsistência, e em que termos, do direito à indemnização será efectuado em concreto pelo tribunal na acção de indemnização que for intentada”. SOUZA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2007, p. 34.

<sup>1265</sup> “A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva com base no risco administrativo, é abrangida ou excluída pela culpa da vítima”. (STF, RE 234.010, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 23/08/2002)

<sup>1266</sup> FREITAS, Juarez. *Responsabilidade...*, cit., 2006, p. 178.

<sup>1267</sup> Importante o alerta de Teresa Ancona Lopez, para quem “a indenização no caso de concorrência de culpas será medida não pelo dano de cada um, mas pela culpa, ou melhor pela gravidade da culpa, do autor e da vítima do dano”. LOPES, Teresa Ancona. *Principais linhas...*, cit., 2006, pp. 111-152.

<sup>1268</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito...*, cit., 2010, p. 463.

<sup>1269</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso...*, cit., 2007, p. 741.

### 3.7.3.3. Fato de terceiro

Por fim, tem-se ainda como causa excludente de responsabilidade do Estado o chamado *fato de terceiro*<sup>1270</sup>, circunstância que se verifica quando o dano é provocado não em virtude de uma conduta estatal, mas em decorrência de ato praticado por pessoa não integrante dos quadros da Administração<sup>1271</sup>. Assim, se um terceiro acarreta dano ao particular por meio de conduta própria, sem que o Estado pudesse, em condições normais de cautela, impedir ou mesmo minimizar o prejuízo<sup>1272</sup>, não há que se cogitar em responsabilizar civilmente o Estado, haja vista a inexistência de nexo de causalidade, elemento obrigatório no que tange à responsabilidade estatal, seja ela objetiva ou subjetiva.<sup>1273</sup>

Pois bem, afóra as hipóteses de exclusão ora mencionadas de forma perfunctória, serão analisadas na última parte desta pesquisa outras eventuais hipóteses de exclusão de responsabilidade e causas de justificação especificamente conexas com a não edição de regulamentos administrativos por parte da Administração Pública, a fim de identificar os casos de inatividade normativa que não constituem fatos geradores de responsabilidade civil estatal.

---

<sup>1270</sup> Responsabilidade civil. Recurso especial. Correios. Roubo de cargas. Responsabilidade civil objetiva. Exclusão. Motivo de força maior. (...) 3. A força maior deve ser entendida, atualmente, como espécie do gênero fortuito externo, do qual faz parte também a culpa exclusiva de terceiros, os quais se contrapõem ao chamado fortuito interno. O roubo, mediante uso de arma de fogo, em regra é fato de terceiro equiparável a força maior, que deve excluir o dever de indenizar, mesmo no sistema de responsabilidade civil objetiva. (STJ, REsp 976564/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgamento 20/09/2012, DJe 23/10/2012)

<sup>1271</sup> Nessa hipótese, conforme leciona Araújo, “A equação dos dados dirigidos à causalidade responsabilizante não chega a se formar, pois não ocorre no caso de culpa devidamente comprovada de terceiro, quer a ação danosa, quer a omissão prejudicial do Estado, mas sim de um terceiro, estranho, naquele exato momento, à relação Estado-administrado”. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso...*, cit., 2007, p. 741.

<sup>1272</sup> Araújo observa a necessidade de comprovar que o ato de terceiro deve ser considerado causa idônea a gerar o dano. “Assim, havendo a ação direta de terceiro, que não possa ter sido objeto de neutralização pelo Estado, em termos razoáveis, dentro dos cuidados usuais exigíveis, não há como negar a hipótese de excludente, pois há inclusive um traço de inevitabilidade quanto à ação humana que desencadeou o evento danoso”. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso...*, cit., 2007, p. 742. No mesmo sentido: NOHARA, Irene Patrícia. *Direito...*, cit., 2012, p. 785.

<sup>1273</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 422.

### 3.7.4. A responsabilidade do agente público e o *dever* de regresso do Estado

No Brasil, a mesma norma constitucional que proclama a responsabilidade civil objetiva do Estado pelos danos decorrentes das ações – ou omissões – de seus agentes também impõe o direito (na verdade *dever*) de regresso em favor do Estado em relação ao agente causador do dano, desde que, neste caso particular, reste comprovada a conduta culposa do agente (culpa em sentido amplo)<sup>1274</sup>. Na verdade, o art. 37, § 6º da Constituição consagra dupla garantia: primeiramente, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado que preste serviço público; e outra, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional pertencer.<sup>12751276</sup>

Portanto, qualquer dano eventualmente provocado a terceiros por agente público que, ao atuar – ou não atuar, quando deveria –, tenha se valido da especial condição de agente estatal, será imputado não diretamente a ele (agente), mas sim ao Estado. Após o pagamento, pelo Estado, da indenização eventualmente cabível e restando comprovado que o prejuízo resultou de atuação culposa ou dolosa do agente, terá então lugar, em favor do poder público, o *direito* de regresso previsto na Constituição, que na verdade não se traduz numa mera faculdade estatal, mas em verdadeiro *poder-dever*, conforme impõem os princípios da legalidade, da moralidade e da indisponibilidade do interesse público.<sup>12771278</sup>

---

<sup>1274</sup> O dever de regresso será exercido sempre que o Estado comprovar que houve *imprudência, negligência* ou *imperícia* do agente (modalidades de culpa em sentido estrito) ou ainda o dolo.

<sup>1275</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Temas...*, cit., 2007, pp. 36-37.

<sup>1276</sup> “(...)”. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (STF, RE nº 327904/SP, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, Julgamento 15.08.2006)

<sup>1277</sup> O Projeto de Lei sobre responsabilidade civil do Estado (PL nº 412/2011), já mencionado anteriormente, de autoria do Deputado Hugo Leal (PSC/RJ), dispõe em seu art. 9º sobre o dever de regresso contra o agente público causador do dano. Vejamos:

Art. 9º A responsabilização dos agentes será, em qualquer caso, efetivada regressivamente.

§ 1º. Identificado o agente causador do dano, e apurado seu dolo ou culpa, impõe-se o ajuizamento da ação de regresso.

Assim, proposta a ação reparatória em desfavor do Estado ou de seus delegados, estes, tão logo cumpram o dever constitucional<sup>1279</sup>, deverão, nas hipóteses em que restar comprovada a conduta culposa do agente estatal, cobrar-lhe regressiva e obrigatoriamente<sup>1280</sup> todos os valores despendidos pelo poder público a título de indenização. O ônus da prova da culpa do agente, óbvio, incumbe a quem alega, neste caso, o Estado.

A obrigatoriedade da ação de regresso e também a discussão sobre sua *imprescritibilidade* têm suscitado alguns debates doutrinários e jurisprudenciais. Sobre o assunto, José Afonso da Silva já afirmava há muito que tal favor era “destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit ius*)”<sup>1281</sup>. Sobre o tema, recentemente o Supremo Tribunal Federal modificou o entendimento até então consolidado, declarando em julgamento de *repercussão geral* que “é prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.<sup>1282</sup> A demanda regressiva contra o agente público causador do dano, neste novo cenário desenhado pelo STF, deverá ser proposta no prazo de cinco anos.<sup>12831284</sup>

---

§ 2º. A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.

<sup>1278</sup> Para Irene Nohara, o regresso por dolo ou culpa “não se trata de mera faculdade do Poder Público, mas verdadeiro dever, uma vez que se relaciona com a defesa da *res pública*, ou seja, do erário, e a Administração não pode dispor dos interesses públicos”. NOHARA, Irene Patrícia. *Direito...*, cit., 2012, p. 780.

<sup>1279</sup> Segundo o STF, “a ação de “volta” ou de “retorno” contra aquele agente que praticou ato juridicamente imputável ao Estado, mas causador de dano a terceiro. Logo, trata-se de ação de ressarcimento, a pressupor, lógico, a recuperação de um desembolso. Donde a clara ilação de que não pode fazer uso de uma ação de regresso aquele que não fez a “viagem financeira de ida”; ou seja, em prol de quem não pagou a ninguém, mas, ao contrário, quer receber de alguém pela primeira vez. (STF, RE 327409/SP, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJU 08.09.2006, p.28)

<sup>1280</sup> No âmbito da Administração Pública direta da União, além de suas autarquias e fundações públicas, o dever de regresso tem previsão expressa na Lei nº 8.112/90, que dispõe em seu art. 122, o seguinte:

“Art. 122. A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.

§ 1º A indenização de prejuízo dolosamente causado ao erário somente será liquidada na forma prevista no art. 46, na falta de outros bens que assegurem a execução do débito pela via judicial.

§ 2º Tratando-se de dano causado a terceiros, responderá o servidor perante a Fazenda Pública, em ação regressiva.

§ 3º A obrigação de reparar o dano estende-se aos sucessores e contra eles será executada, até o limite do valor da herança recebida.”

<sup>1281</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso...*, cit., 2012, p. 675.

<sup>1282</sup> (STF, RE 669069/MG, Re. Min. Teori Zavascki, Plenário, Julgamento: 03.02.2016)

<sup>1283</sup> Conforme art. 1º do Decreto nº 20.910/1932: “Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.” Como as ações reparatórias propostas contra o Estado prescrevem em cinco anos, as demandas regressivas, pelo princípio da isonomia, também devem se sujeitar ao mesmo prazo.

Em relação ao *dever* de regresso em desfavor do agente público, nos casos em que este houver dado causa ao dano, por dolo ou culpa, pensamos que não há espaço para polêmicas de qualquer natureza. A ação regressiva, nas hipóteses em que cabível, materializa *ato vinculado* da Administração, porquanto claramente não se situa na esfera da discricionariedade administrativa, pois não seria lógico conceber que “num sistema constitucional que adotasse o princípio da moralidade pública, pudesse ficar ao arbítrio do agente público competente a eleição sobre o exercício do regresso, que é um direito da sociedade”<sup>12851286</sup>. A jurisprudência, conforme não poderia deixar de ser, também tem entendido pela obrigatoriedade da ação regressiva.<sup>1287</sup>

O princípio do regresso contra o autor do dano, quando este se origine de culpa ou dolo, segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha, atualmente ministra do STF, “atenta para o direito da sociedade ao Estado moral, à ética no exercício das funções públicas”<sup>1288</sup>. Assim, continua a autora, “se de um lado não se pode deixar ao desabrigo os direitos maculados dos particulares por um comportamento imputável ao Estado, também é exato que a sociedade não deve arcar com os ônus decorrentes de condutas equivocadas dos agentes públicos”.<sup>1289</sup>

Registre-se que em Portugal o dever de regresso consta expressamente do novo Regime de Responsabilidade Civil do Estado e demais entidades públicas (Lei nº 67/2007), no seu art. 6º, 1<sup>12901291</sup>. A propósito, ao comentar o novo regime de responsabilidade estatal português, o professor Vieira de Andrade destaca a obrigatoriedade do *dever* de regresso,

---

<sup>1284</sup> Embora a prescrição *quinquenal* seja aceita pela jurisprudência majoritária, há precedentes no sentido de considerar o prazo prescricional de 3 (três) anos previsto no art. 206, § 3º, V, do CC/2002.

<sup>1285</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso...*, cit., 1999, p. 201.

<sup>1286</sup> Para Irene Nohara, “Se o Poder Público pagar a indenização e não se ocupar da responsabilização do agente, haverá ausência de punição do culpado, o que tem potencial de provocar nos agentes públicos atitudes de descaso, ou seja, de reiterada negligência, imprudência e imperícia, já que, na prática, não serão eles próprios a arcarem com o prejuízo”. NOHARA, Irene Patrícia. *Direito...*, cit., 2012, p. 781.

<sup>1287</sup> “O que é preciso é que as Procuradorias dos órgãos públicos se compenetrem de que devem aforar a competente ação regressiva contra o agente público que agiu com dolo ou culpa (CF, art. 37, § 6º)”. (STF, Ag. 167.659-1, Rel. Min. Carlos Velloso, Julgamento: 18/06/1996)

<sup>1288</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 118.

<sup>1289</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios...*, cit., 1999, 118.

<sup>1290</sup> Lei nº 67/2007, art. 6º, 1 – O exercício do direito de regresso, nos casos em que este se encontra previsto na presente lei, é obrigatório, sem prejuízo do procedimento disciplinar a que haja lugar.

<sup>1291</sup> Segundo Sousa e Matos, “O exercício do regresso é juridicamente vinculado, tratando-se por isso de um verdadeiro dever jurídico (art. 6º, 1 do RRCEC, do que resulta a inadequação da expressão tradicional ‘direito de regresso’). SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008, p. 20.

explicitando, todavia, que há duas possíveis exceções à regra da obrigatoriedade: a primeira refere-se ao direito de regresso contra os magistrados, no âmbito da responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional, já que há no art. 14, n. 2, da Lei portuguesa nº 67/2007 competência decisória incompatível com uma obrigação estritamente vinculada; a segunda exceção é relativa às pessoas jurídicas privadas não integrantes da estrutura da Administração Pública, mas que exercem atividade administrativa, já que exigência nesse sentido feriria a autonomia de gestão e patrimonial dos particulares.<sup>1292</sup>

Como no Brasil ainda não há um regime jurídico específico de responsabilidade civil extracontratual do Estado, por certo que não há espaço para exceções à obrigatoriedade do dever de regresso quando envolver entidades públicas, tendo em vista o princípio da indisponibilidade do interesse público. No entanto, é absolutamente coerente a segunda ressalva referenciada pelo Professor Vieira de Andrade, pois enquanto o Estado possui o poder-dever de cobrar regressivamente do agente que deu causa a um prejuízo injusto, as pessoas jurídicas que *não* integram a estrutura orgânica do Estado, mas que exercem função administrativa, poderão, diferentemente, com base em sua autonomia, valorar sobre eventual ação de regresso.

Portanto, levando-se em conta as regras atualmente existentes no ordenamento jurídico brasileiro e observada a advertência em relação às pessoas jurídicas de direito privado, registrada no parágrafo anterior, entendemos, fundamentados no princípio da legalidade, nos casos em que há regra expressa nesse sentido, além ainda dos princípios da indisponibilidade do interesse público e da moralidade, que nas hipóteses em que restar configurada a conduta culposa ou dolosa do agente público, a ação de regresso é de natureza cogente, obrigatória, sob pena de responsabilidade civil, penal e administrativa da autoridade recalcitrante.<sup>1293</sup>

---

<sup>1292</sup> ANDRADE, J. C. Vieira de. *A responsabilidade...*, cit., 2008, p. 364.

<sup>1293</sup> Conforme SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 440.

### 3.8. Excurso da responsabilidade civil extracontratual do Estado pelos sistemas português, francês e espanhol

O Brasil, como visto, ainda não dispõe de um regime legal de responsabilidade do Estado. As infindáveis questões práticas envolvendo a responsabilidade estatal são resolvidas à luz de um único dispositivo constitucional: o § 6º do art. 37 da Constituição de 1988. Em decorrência disso, doutrina e jurisprudência muitas vezes não se entendem sobre temas que *a priori* nem apresentam grande complexidade, gerando com isso instabilidade institucional, insegurança jurídica e, por certo, inúmeras decisões injustas sobre a matéria da responsabilidade civil extracontratual do Estado. Por conta de tais constatações, não é difícil perceber que a experiência adquirida a partir do estudo de sistemas jurídicos estrangeiros apresenta uma contribuição jurídica diferenciada e rica, pois permite transformar conhecimento teórico em experiência prática, tanto para a edição de diplomas normativos futuros quanto para a solução de problemas que são corriqueiros em qualquer sistema jurídico.

Quando se fala em direito comparado, pelo menos para os fins aqui almejados, muito mais importante que as intermináveis discussões sobre a autonomia deste ramo jurídico enquanto ciência<sup>1294</sup> é compreender sua *proficuidade*<sup>1295</sup>, sendo quanto a isso inequívoco o papel didático que o estudo comparatista propicia ao direito interno, sobretudo quando se objetiva fornecer uma contribuição para a “melhoria do direito nacional”<sup>1296</sup>, como é o caso desta investigação.

Posto isso, os próximos tópicos serão dedicados ao estudo dos sistemas de responsabilidade estatal existentes em Portugal, país cuja legislação rotineiramente tem servido de espelho para o processo legislativo interno no Brasil, e também na França e na Espanha, de forma a manter alguma harmonia em relação ao estudo desenvolvido nos capítulos anteriores.

---

<sup>1294</sup> Ivo Dantas, dentre vários outros doutrinadores, reconhece a autonomia do Direito Comparado. DANTAS, Ivo. *Direito comparado como ciência*. Revista de Informação Legislativa, n. 34. Brasília: Senado Federal, 1997, p. 236.

<sup>1295</sup> GUTTERRIDGE, H. C. *El Derecho Comparado – Introducción al método comparativo en la investigación y en el estudio del derecho*. Barcelona: Artes Gráficas Rafael Salvá, 1954, pp. 15-16.

<sup>1296</sup> RORTY, Richard. *Esperanza o Conocimiento? Una introducción al pragmatismo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 47.

### 3.8.1. O regime português da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas

A Constituição portuguesa de 1976 consagrou o princípio da responsabilidade civil solidária da administração<sup>1297</sup> e dos seus titulares de órgãos, funcionários e agentes pelos prejuízos causados no exercício das suas funções (art. 22º CRP<sup>1298</sup>, do qual decorre um direito fundamental dos particulares à reparação de danos, análogo aos direitos, liberdades e garantias do Título II da Parte I da CRP (art. 17º da CRP<sup>1299</sup>).<sup>13001301</sup>

Em relação ao alcance do art. 22º da Constituição portuguesa<sup>1302</sup>, Rui Medeiros sustenta que tal dispositivo prevê unicamente a responsabilidade por ato ilícito<sup>1303</sup>; já Moreira e Canotilho, diferentemente, defendem que o aludido dispositivo abrange não apenas os danos ancorados na culpa, mas também aqueles advenientes de atos lícitos.<sup>130413051306</sup>

---

<sup>1297</sup> O Professor Jorge Miranda esclarece que as constituições portuguesas anteriores ao Século XX consagraram quer a responsabilidade dos empregados públicos por “erros de ofício e abusos de poder” (artigos 14º e 17º da Constituição de 1822), “abusos e omissões que praticarem no exercício das suas funções” (art. 145º, §§ 27º e 28º, da Carta) ou “abuso ou omissão pessoal” (arts. 15º e 26º da Constituição de 1838), quer mesmo a dos juizes por “abusos de poder e erros” (art. 196º da Constituição de 1822) ou “abuso de poder e prevaricações” e “suborno, peita, peculato e concussão” (arts. 123º e 124º da Carta). Por isso a afirmação do constitucionalista português de que “Não se tratava, porém, propriamente, de reponsabilidade do Estado enquanto tal”. MIRANDA, Jorge. *A responsabilidade civil do Estado, a Constituição e a Lei nº 67/2007 (Portugal)*. In Revista Brasileira de Direito Comparado, Nº 36. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2010, pp. 13-27.

<sup>1298</sup> Artigo 22.º Responsabilidade das entidades públicas

O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

<sup>1299</sup> Artigo 17.º Regime dos direitos, liberdades e garantias

O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga.

<sup>1300</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual...*, Tomo IV, cit., 2000, p. 356.

<sup>1301</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008, p. 15.

<sup>1302</sup> Para Jorge Miranda o art. 22º da Carta portuguesa “incorpora um princípio geral”. Além disso, o professor português faz uma síntese sobre o teor do referido art. 22º, com as seguintes notas, dentre outras: a) “Os danos tanto podem ser danos patrimoniais como não patrimoniais, tanto danos presentes como futuros e tanto danos emergentes como lucros cessantes”; b) “Tem-se em vista todas as funções do Estado – a administrativa, a jurisdicional, a legislativa e a política stricto sensu ou governativa”; c) “Tem-se em vista quer o Estado quer qualquer outra entidade pública, assim como qualquer entidade privada enquanto participante no exercício da função administrativa, por qualquer forma”. MIRANDA, Jorge. *A responsabilidade...*, cit., 2010, pp. 13-27.

<sup>1303</sup> MEDEIROS, Rui. *Ensaio...*, cit., 1992, p. 92.

<sup>1304</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993, p. 168.

<sup>1305</sup> Ainda sobre o teor e alcance do art. 22º da Constituição portuguesa, já em 1994, isto é, bem antes da entrada em vigor da Lei nº 67/2007, Maria Luísa Duarte observava que o mencionado dispositivo constitucional limitava-se a estabelecer um modelo (abrangente) de responsabilidade estatal, do qual era



Antes da Constituição de 1976 já existia a LRCAP<sup>1307</sup>, que entrara em vigor em 1967 e abrangia disposições sobre responsabilidade civil delitual, pelo risco e por fato lícito, todavia não abordava a responsabilidade civil administrativa contratual por atos de gestão pública. Tal situação aliada às novidades incorporadas pela Constituição de 1976, bem como o “emergir de novos problemas, práticos e teóricos”<sup>1308</sup> fizeram com que, em 2006, fosse apresentada proposta de lei que veio a transformar-se no novo regime de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, a Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro, doravante RRCEC, que entraria em vigor 30 dias após a data da sua publicação, isto é: em 30 de janeiro de 2008.<sup>1309</sup><sup>1310</sup> O RRCEC abrange a responsabilidade do Estado e das demais entidades públicas nas suas três dimensões: *material*, *objetiva* e *subjéctiva*.<sup>1311</sup> Além disso, abarca todas as funções do Estado – a

---

possível deduzir apenas alguns de seus caracteres. Nesse sentido, afirmava que “A constituição não esgora, pois, o quadro de regulamentação que aguarda a sua densificação pelo legislador ordinário mediante o exercício do poder de conformação dos pressupostos da responsabilidade por facto das leis”. DUARTE, Maria Luísa. *A cidadania da união e a responsabilidade do Estado, por violação do Direito Comunitário*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1994, p. 87.

<sup>1306</sup> Neste mesmo sentido é a doutrina de Jorge Miranda, para quem não se compreenderia que um princípio geral situado na Constituição de 1976 fosse menos abrangente que o regime do Decreto-Lei nº 48.051, nascido ainda no tempo da Constituição de 1933 - o qual contemplava responsabilidade por fatos ilícitos culposos (arts. 2º e 3º) e, em moldes de princípio geral, responsabilidade pelo risco ou por fatos casuais (art. 8º) e responsabilidade por atos lícitos da Administração que provocassem danos especiais e anormais (art. 9º). MIRANDA, Jorge. *A responsabilidade...*, cit., 2010, pp. 13-27.

<sup>1307</sup> Lei da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas (Decreto-Lei nº 48.051, de 21 de novembro de 1967, revogado pela Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro)

<sup>1308</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008, p. 15.

<sup>1309</sup> Conforme SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008, pp. 15-16.

<sup>1310</sup> Para Maria José Rangel de Mesquita, o RRCEC “representa o culminar de um processo aberto com a aprovação da Constituição de 1976, a qual veio pôr a descoberto a inadequação – e mesmo a inconstitucionalidade superveniente – do diploma então vigente em matéria de responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas: o Decreto-Lei nº 48051 de 21 de novembro de 1967”. MESQUITA, Maria José Rangel de. *O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o direito da união Europeia*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 9.

<sup>1311</sup> Segundo a doutrina de Vieira de Andrade, no que respeita ao âmbito *material*, resulta inequívoco que se trata apenas da responsabilidade extracontratual das pessoas colectivas públicas, excluindo a responsabilidade emergente de contratos, além de outras de violação de outros deveres específicos; em relação ao âmbito *objetivo*, o RRCEC abrange os danos decorrentes do exercício de toda e qualquer atividade que integre a função administrativa, mas se parece definir restritivamente o que se considera, para efeito de responsabilidade, o que se considera função administrativa. A definição legal do conceito de função administrativa parece implicar a manutenção do regime estabelecido no Código Civil para os atos de gestão privada das pessoas colectivas públicas, embora a lei tenha abandonado essa designação tradicional; na sua dimensão *subjéctiva*, a denominação da lei inculca que o regime visa regular a responsabilidade do Estado e demais entidades públicas – no entanto, o artigo 1º já se refere especificamente ao Estado e demais pessoas colectivas de direito público, o que parece representar uma definição do âmbito nuclear dos destinatários do Regime específico de responsabilidade. ANDRADE, J. C. Vieira de. *A responsabilidade...*, cit., 2008, pp. 360-361.

administrativa, a legislativa e a política *stricto sensu* ou governativa<sup>1312</sup>, bem como alcança não apenas as pessoas jurídicas de direito público, mas, igualmente ao que ocorre no Brasil, também as pessoas de direito privado quando a respectiva responsabilidade resulte de atuações no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições e princípios de *direito administrativo*.<sup>13131314</sup>

Com a entrada em vigor do novo regime de responsabilização do Estado, a ideia, num plano otimista, era internamente conferir eficácia plena ao art. 22.º da Constituição da República portuguesa e, na órbita externa, adaptar a ordem jurídica lusitana à moderna jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia<sup>1315</sup>. Entretanto, segundo Jorge Miranda a nova Lei ainda não cumpriu tais propósitos, em especial no que concerne à “responsabilidade por omissões legislativas para além da inconstitucionalidade por omissão, como sejam, omissões de normas de proteção de direitos fundamentais e omissões de normas de transposição de directivas comunitárias”<sup>1316</sup>. Não obstante, é inequívoco que o novo diploma promoveu um claro “alargamento”<sup>13171318</sup> da responsabilidade estatal, tudo em consonância com o que a doutrina e a jurisprudência já acenavam.<sup>1319</sup>

---

<sup>1312</sup> Para Jorge Miranda, a Lei nº 67/2007 fallha “no não tratamento da responsabilidade por actos de função política *stricto sensu*, da responsabilidade por preterição de decisão referendária, de responsabilidade por acções e omissões do Ministério Público (a não ser que entenda inserida na responsabilidade da Administração) e da responsabilidade por omissões legislativas para além de inconstitucionalidade por omissão, como seja, omissões de normas de proteção de direitos fundamentais e omissões de normas de transposição de directivas comunitárias”. MIRANDA, Jorge. *A responsabilidade civil...*, cit., 2010, pp. 13-27.

<sup>1313</sup> MESQUITA, Maria José Rangel de. *O regime...*, cit., 2009, p. 14.

<sup>1314</sup> Art. 1.º, nº 5, do Regime anexo à Lei nº 67/2007.

<sup>1315</sup> Conforme a doutrina de Mesquita, ecorridos menos de seis meses do início da vigência do RRCEC, o novo regime sofreu uma primeira alteração introduzida pela Lei nº 31/2008, de 17 de julho, diploma este que veio alterar, com efeitos retroativos, o art. 7.º, nº 2, do Regime – em matéria de responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função administrativa (responsabilidade por facto ilícito) – tendo em conta o desfecho da segunda ação por incumprimento intentada pela Comissão contra Portugal no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJ), já que a Lei nº 67/2007 nasceu desconforme com o Direito da União Europeia em vários aspectos. MESQUITA, Maria José Rangel de. *O regime...*, cit., 2009, pp. 11-12.

<sup>1316</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual...*, Tomo IV, cit., 2000, pp. 362-363.

<sup>1317</sup> NABAIS, José Casalta. *Responsabilidade civil da administração fiscal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2009, p. 731.

<sup>1318</sup> No mesmo sentido: ANDRADE, J. C. Vieira de. *A responsabilidade...*, cit., 2008, p. 368.

<sup>1319</sup> Sousa e Matos identificam as bases legais da disciplina da responsabilidade administrativa em Portugal da seguinte forma: “A disciplina normativa mais desenvolvida da responsabilidade civil administrativa, e a única objeto de uma codificação legal, respeita à responsabilidade extracontratual por acto de gestão pública, cujo regime consta do RRCEC: este diploma regula a responsabilidade delitual, a responsabilidade pelo risco e a responsabilidade por facto lícito (a que a lei chama responsabilidade pelo sacrifício). A responsabilidade contratual por actos de gestão pública é disciplinada pelo CC, mediante remissão do CCP; as situações de terceira via da responsabilidade civil, quanto a actos de gestão pública, não são disciplinadas por qualquer

Comparando-se desde já o sistema de responsabilidade existente em Portugal com a realidade brasileira, percebe-se sem esforço um gigantesco atraso normativo da matéria em terras brasileiras, primeiro, porque no Brasil os infindáveis problemas práticos atinentes à responsabilidade estatal são tratados apenas à luz de um único dispositivo, que é o § 6º do art. 37 da Constituição de 1988, de onde brotam interpretações jurisprudenciais ambíguas e muitas vezes contraditórias. Na ordem jurídica brasileira não há sequer uma definição legal de *função administrativa*, o que, por si, já provoca incertezas e insegurança aos administradores públicos e operadores do direito. Neste contexto, registre-se que a Lei nº 67/2007 define os atos atinentes à função administrativa no art. 1º n.º 2, ao prescrever que “correspondem ao exercício da função administrativa as acções e omissões adoptadas no exercício de prerrogativas de poder público ou reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo”, o que coloca meio de *escanteio* a discussão transversal a todo direito administrativo sobre os atos de gestão pública e atos de gestão privada<sup>1320</sup>. Como o novo regime de responsabilidade centra as atenções aos danos decorrentes da função administrativa, adverte Cadilha que “a primeira nota que importa salientar é que à apontada *unidade de jurisdição* não corresponde *uma unidade de regimes jurídicos substantivos*”.<sup>13211322</sup>

De acordo com o novo regime português, a responsabilidade civil pode ser delitual, pelo risco ou por fato lícito. Na lição de Sousa e Matos, a responsabilidade delitual, conforme o nome está a indicar, decorre de uma conduta reprovada pela ordem jurídica, razão pela qual também é designada por responsabilidade por fato ilícito e culposo. A responsabilidade pelo risco e a responsabilidade por fato lícito prescindem de

---

regime legal, decorrendo o seu regime dos princípios gerais em matéria de responsabilidade civil e dos princípios fundamentais da atividade administrativa. A responsabilidade civil por acto de gestão privada rege-se pelo disposto no CC”. SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008, p. 18.

<sup>1320</sup> Para Sousa e Matos, “A distinção entre actos de gestão pública e actos de gestão privada só suscita dificuldades quando aos contratos e aos actos materiais; os regulamentos e actos administrativos são, sem exceção, actos de gestão pública”. SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008, p. 17.

<sup>1321</sup> CADILHA, Carlos Fernandes. *O novo...*, cit., 2015.

<sup>1322</sup> No que respeita ao exercício da função administrativa, o Prof. Vieira de Andrade adverte que além das pessoas jurídicas de direito público (“todas aquelas que sejam como tal legalmente qualificadas”), o novo regime português é igualmente aplicável a entidades privadas, quando exerçam prerrogativas de poder público ou atuem ao abrigo de disposições ou princípios de direito administrativo, “quer se trate de entidades administrativas privadas, de criação pública, quer se trate de verdadeiros privados, quando actuem no exercício de funções públicas – concessionários ou outros privados no exercício de poderes públicos”. ANDRADE, J. C. Vieira de. *A responsabilidade...*, cit., 2008, p. 361.

comprovação de culpa, pelo que são responsabilidades de natureza objetiva, sendo que “a primeira decorre de regras objectivas de distribuição dos riscos sociais, assentando na ideia de que, apesar de não ter sido praticado qualquer facto ilícito e culposo, um determinado dano exorbita da esfera de risco do lesado, devendo outra pessoa responder por aquele”<sup>13231324</sup>. Já a segunda decorre da necessidade de “compensar alguém por sacrifícios que lhe sejam impostos, mediante condutas juridicamente conformes, em benefício do interesse público”.<sup>13251326</sup>

Os requisitos da responsabilidade delitual ou por ato ilícito estão previstos nos arts. 7º, 1<sup>1327</sup> e 8º, 2<sup>1328</sup> do RRCEC, que relacionam os pressupostos cumulativos exigidos para que um ato seja considerado funcional<sup>1329</sup>. No dizer de Sousa e Matos, a responsabilidade civil delitual do Estado tem um duplo fundamento, subjetivo e objetivo. De um ponto de vista subjetivo, o fundamento seria a vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais e o princípio do respeito pelas posições jurídicas subjetivas dos particulares; de um ponto de vista objetivo, o fundamento seria o princípio da legalidade. Unindo o duplo fundamento, tem-se a proibição de provocação ilícita de danos na esfera jurídica dos particulares ou, como sucedâneo, a sua reintegração mediante indenização.<sup>1330</sup>

---

<sup>1323</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008, p. 16.

<sup>1324</sup> Para Vieira de Andrade, “a lei continua a estabelecer a responsabilidade exclusiva do Estado e demais entidades públicas no plano externo, perante os particulares, pelos danos causados por actuação ilícita e culposa dos seus agentes, mas só nos casos em que a culpa do agente seja uma culpa *funcional e leve*”. ANDRADE, J. C. Vieira de. *A responsabilidade...*, cit., 2008, p. 364.

<sup>1325</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008, p. 16.

<sup>1326</sup> Para Mesquita, “A indemnização aos particulares pelo sacrifício reporta-se à imposição de encargos ou danos especiais e anormais causados por razões de interesse público e independentemente da função do Estado em causa. Neste caso, deve atender-se, para o cálculo da indemnização, nomeadamente, ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado”. MESQUITA, Maria José Rangel de. *O regime...*, cit., 2009, p. 25.

<sup>1327</sup> RRCEC, Art. 7º, 1 - O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são exclusivamente responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício.

<sup>1328</sup> RRCEC, Art. 8º, 2 - O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são responsáveis de forma solidária com os respectivos titulares de órgãos, funcionários e agentes, se as acções ou omissões referidas no número anterior tiverem sido cometidas por estes no exercício das suas funções e por causa desse exercício.

<sup>1329</sup> Segundo a doutrina de Maria José Rangel de Mesquita, “A responsabilidade exclusiva do Estado e demais entidades públicas passa a abranger ainda, e com carácter inovador, os danos resultantes do funcionamento anormal dos seus serviços (*faute du service*)”. MESQUITA, Maria José Rangel de. *O regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 19.

<sup>1330</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008, pp. 18-19.

A partir da interpretação dos arts. 7º, 1 e 8º, 2 do RRCEC, a responsabilidade por ato ilícito emerge quando se verificarem cumulativamente cinco pressupostos: “o facto voluntário, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade”<sup>1331</sup>. A responsabilidade por ato ilícito, em Portugal, abrange não apenas as pessoas coletivas administrativas, mas também os titulares de órgãos ou agentes que “do ponto de vista ontológico, praticaram o facto voluntário ilícito, culposo e danoso”<sup>1332</sup>, conforme arts. 7º, 1, 8º, 1 e 2 do RRCEC. Questão intrigante no direito português é a existência de uma independência parcial entre a responsabilidade das pessoas coletivas administrativas e a responsabilidade dos titulares dos órgãos e agentes, pois enquanto as primeiras respondem pelos prejuízos resultantes de atos ilícitos e culposos dos seus órgãos e agentes, os titulares de órgãos e agentes, diferentemente, respondem quando o ato ilícito for praticado com *dolo* ou *negligência grave*.<sup>1333</sup> Nesse contexto, é possível que um ato praticado com negligência leve seja imputado à pessoa coletiva administrativa, que responde nestas condições, mas não ao seu titular ou a seus agentes, que, repita-se, respondem apenas nos casos de dolo ou negligência grave, a teor do disposto no art. 8º, 1 do RRCEC.<sup>1334</sup>

Outro aspecto importante relativo à responsabilidade por ato ilícito é a existência de *solidariedade*<sup>1335</sup><sup>1336</sup> entre as pessoas coletivas administrativas e os titulares de órgãos e agentes, que decorre do art. 22º da Constituição portuguesa, significando com isso dizer que a vítima do dano pode exigir a totalidade da indenização tanto da pessoa coletiva administrativa quanto do agente público, ou ainda de ambos, à sua escolha, nos termos do

---

<sup>1331</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008, p. 19. No mesmo sentido: ANDRADE, J. C. Vieira de. *A responsabilidade...*, cit., 2008, pp. 360-371.

<sup>1332</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008, p. 35.

<sup>1333</sup> Para Maria José Rangel de Mesquita, “O novo regime inova em relação ao anterior na medida em que estende o campo de aplicação do regime de responsabilidade solidária ao domínio das condutas praticadas com culpa grave”. MESQUITA, Maria José Rangel de. *O regime...*, cit., 2009, p. 20.

<sup>1334</sup> Segundo Vieira de Andrade, “Outra alteração significativa foi a que associou as situações em que o agente público actua ilicitamente, no âmbito e por causa das funções, com culpa grave, àquelas em que age com dolo. Agora, também em caso de culpa grave há lugar a responsabilidade solidária do agente público e da pessoa colectiva pública (esta com o direito/dever de regresso)”. ANDRADE, J. C. Vieira de. *A responsabilidade...*, cit., 2008, p. 363.

<sup>1335</sup> Para Cabral de Moncada, a solidariedade “só faz sentido havendo fato ilícito doloso ou gravemente culposo daqueles, pois que neste caso não é curial que seja apenas a comunidade a suportar através das receitas públicas o custo indemnizatório”. MONCADA, Luís Cabral de. *A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 28.

<sup>1336</sup> Para Maria José Mesquita, “O regime de solidariedade no tocante às relações externas não prejudica o exercício do direito de regresso nas relações internas que passa a ser obrigatório nos casos em que se encontra previsto na nova Lei”. MESQUITA, Maria José Rangel de. *O regime...*, cit., 2009, p. 20.

art. 512<sup>o1337</sup> do Código Civil português. No Brasil, diferentemente, a responsabilidade pelos danos que os agentes públicos, nessa qualidade, causarem a terceiros, como regra será imputada *diretamente* ao Estado; o agente público somente responderá perante o próprio Estado, em ação regressiva.

O dano por ato ilícito em Portugal ainda traz uma regra que deve ser seguida pelo direito estrangeiro: o *direito* de regresso da Administração, nas hipóteses em que cabível<sup>1338</sup>, a teor do art. 6<sup>o</sup>, 1<sup>339</sup> do RRCEC, consubstancia-se em verdadeiro *dever de regresso*.<sup>13401341</sup>

Afora a responsabilidade por ato ilícito, há também a responsabilidade civil por ato de gestão pública, em situações nas quais a responsabilidade extracontratual é fundada no risco, conforme dispõe o art. 11<sup>o</sup>, 1 do RRCEC<sup>13421343</sup>. Os pressupostos desta

---

<sup>1337</sup> Código Civil Português, art. 512<sup>o</sup> 1. A obrigação é solidária, quando cada um dos devedores responde pela prestação integral e esta a todos libera, ou quando cada um dos credores tem a faculdade de exigir, por si só, a prestação integral e esta libera o devedor para com todos eles.

<sup>1338</sup> Quando o dano resulta de ato ilícito, a possibilidade de regresso, segundo lição de Sousa e Matos, só não existirá em três hipóteses: “caso a negligência do titular do órgão ou agente tenha sido leve, porque nesse caso aquele será irresponsável (arts. 7<sup>o</sup>, 8<sup>o</sup>, 1, 2, 3 RRCEC); caso tenha havido funcionamento anormal do serviço, uma vez que nesse caso não é possível apurar a identidade do autor do facto voluntário (assim, desde o Ac. TConf. 10/7/1969, ADG 4/11/1971); caso o autor do facto voluntário tenha actuado ao abrigo de ordens ou instruções ilegais às quais devesse obediência e tenha exercido o seu direito de representação (neste caso, contudo, haverá lugar a regresso contra o superior hierárquico que emitiu as ordens ou instruções”. SOUSA, MARCELO Rebelo de; MATOS, André salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008, p. 36.

<sup>1339</sup> RRCEC, Art. 6<sup>o</sup>, 1 - O exercício do direito de regresso, nos casos em que este se encontra previsto na presente lei, é obrigatório, sem prejuízo do procedimento disciplinar a que haja lugar.

<sup>1340</sup> Para Cadilha, “O artigo 6<sup>o</sup> prevê a obrigatoriedade do exercício do direito de regresso, por parte das pessoas colectivas públicas, em relação aos titulares de órgãos, funcionários e agentes, nos casos em que ele se encontra especialmente previsto no diploma (n.º 1), e, para esse efeito, impõe à secretaria do tribunal que tiver proferido a condenação em responsabilidade civil o dever de remeter certidão da sentença à entidade administrativa competente para adoptar as providências necessárias e efectivação desse direito (entendendo-se como tal o titular de poderes de direcção, de supervisão, de superintendência ou de tutela)”. CADILHA, Carlos Fernandes. *O novo...*, cit., 2015.

<sup>1341</sup> Conforme já mencionado alhures, o professor Vieira de Andrade destaca a obrigatoriedade do dever de regresso, esclarecendo, todavia, que há duas possíveis exceções à regra da obrigatoriedade: a primeira refere-se ao direito de regresso contra os magistrados, no âmbito da responsabilidade pelo exercício da função jurisdicional, já que há no art. 14, n. 2 da mencionada Lei competência decisória incompatível com uma obrigação estritamente vinculada; a segunda exceção é relativa às pessoas jurídicas privadas não integrantes da estrutura da Administração Pública, mas que exercem atividade administrativa, já que exigência nesse sentido feriria a autonomia de gestão e patrimonial dos particulares. ANDRADE, J. C. Vieira de. *A responsabilidade...*, cit., 2008, p. 364.

<sup>1342</sup> RRCEC, Art. 11<sup>o</sup>, 1 - O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público respondem pelos danos decorrentes de actividades, coisas ou serviços administrativos especialmente perigosos, salvo quando, nos termos gerais, se prove que houve força maior ou concorrência de culpa do lesado, podendo o tribunal, neste último caso, tendo em conta todas as circunstâncias, reduzir ou excluir a indemnização.

<sup>1343</sup> Ao comentar o novo RRCEC, Mesquita faz a seguinte observação sobre a responsabilidade pelo risco: “Inova-se agora ao prever que quando um facto culposo de terceiro tenha concorrido para a produção ou

responsabilidade, conforme se infere a partir da análise do dispositivo mencionado, são o fato (perigoso)<sup>1344</sup>, o dano e o nexa causal. Para Carla Amado Gomes, a avaliação da periculosidade deve ser realizada em abstrato, e não no caso concreto, pois “uma atividade totalmente inócua pode revelar-se extraordinariamente perigosa em razão de circunstâncias pontuais”<sup>1345</sup>.

O regime português de responsabilidade do Estado ainda prevê outra possibilidade de responsabilidade civil por ato de gestão pública, que é a responsabilidade por ato lícito, em razão de que, por vezes, “a lei permite que, no exercício da função administrativa e em benefício do interesse público, a administração sacrifique posições jurídicas subjectivas de particulares”<sup>1346</sup>. Em alguns casos, a lei impõe à Administração o dever de reparar os danos por esta provocados, ainda que tais danos não sejam *ilícitos*, como no primeiro caso examinado, nem provocados por *risco especial*, como visto na outra hipótese. Trata-se, portanto, de uma responsabilidade por fato lícito, “que decorre do princípio da justa distribuição dos encargos públicos”<sup>1347</sup>, segundo o qual “os prejuízos resultantes do exercício de uma atividade que visa a prossecução do interesse colectivo devem ser suportados pela colectividade que dela beneficia e não exclusivamente pelo lesado”.<sup>1348</sup>

Para além disso, o art. 10º, 1 do RRCEC, ao dispor que “A culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor”, segundo Cadilha, parte de uma concepção de culpa em abstracto, sem perder de vista as circunstâncias particulares do caso concreto, mas tomando como referente, não já o *bonus pater familias*, mas o titular médio de órgão

---

agravamento dos danos, o Estado e as demais entidades públicas respondem solidariamente com o terceiro, sem prejuízo do direito de regresso”. MESQUITA, Maria José Rangel de. *O regime...*, cit., 2009, p. 22.

<sup>1344</sup> Para Sousa e Matos, “O conceito de perigo especial exprime uma potencialidade de lesão de bens que normalmente não se verifica na vida social; estão, nomeadamente (mas não apenas), abrangidos pelo conceito aqueles perigos que decorrem de circunstâncias especificamente atinentes à prossecução da atividade administrativa e que, por isso, não se verificam correntemente em atividades desenvolvidas por particulares ou em coisas que estejam na sua posse. A natureza especial do perigo não deve ser averiguada em abstracto, mas tendo em conta o concreto funcionamento do serviço, coisa ou atividade que estejam em causa”. SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008, p. 38.

<sup>1345</sup> GOMES, Carla Amado. *Textos dispersos sobre direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*. Lisboa: AAFDL, 2010, p. 92.

<sup>1346</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008, p. 41.

<sup>1347</sup> Conforme SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008, p. 41.

<sup>1348</sup> SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008, p. 41.

ou o funcionário médio. Deve-se levar em consideração, por conseguinte, que o fato suscetível de gerar o dever de indenizar foi praticado no exercício de funções ou por causa desse exercício (tratando-se, por isso, de uma responsabilidade funcional), pelo que interessa avaliar a conduta do agente, não por referência ao homem comum, mas atendendo à especial qualidade da pessoa que praticou a conduta.<sup>1349</sup>

Por fim, importante destacar um aspecto inovador do novo regime legal português, o qual consiste no estabelecimento de uma presunção de *culpa leve* para a prática de atos jurídicos ilícitos (artigo 10º, nº 2<sup>1350</sup>) e para o incumprimento de deveres de vigilância (artigo 10º, nº 3<sup>1351</sup>).

### **3.8.2. A jurisprudência francesa como fonte de responsabilidade estatal: alguns casos emblemáticos**

Se é verdade que o direito brasileiro ao longo da história foi marcadamente influenciado pelo direito português, não é menos verdade que, quando se aborda especificamente o direito administrativo, o surgimento, a autonomia e o desenvolvimento deste ramo jurídico se deram a partir da inegável influência do direito francês. E é assim também em relação ao tema específico da responsabilidade civil extracontratual do Estado, em que a jurisprudência interna, tanto quanto possível, recebe ainda hoje alguma influência da rica experiência francesa<sup>1352</sup><sup>1353</sup>. Daí a importância de conhecer alguns casos emblemáticos que fundamentam a teoria da responsabilidade estatal na França, cuja jurisprudência tem sido orientada no sentido da ampliação contínua da responsabilidade estatal a partir de alguns fatores convergentes, com destaque para o aumento do rol das

---

<sup>1349</sup> Conforme CADILHA, Carlos Fernandes. *O novo...*, cit., 2015; MESQUITA, Maria José Rangel de. *O regime...*, cit., 2009, p. 15, entre outros.

<sup>1350</sup> RRCEC, Art. 10º, 2 - Sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a existência de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos.

<sup>1351</sup> RRCEC, Art. 10º, 3 - Para além dos demais casos previstos na lei, também se presume a culpa leve, por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância.

<sup>1352</sup> Tão rica é a jurisprudência francesa que o Prof. René Chapus considera que o direito administrativo francês “é basicamente jurisprudencial”. CHAPUS, René. *Droit administratif général*, tome 1, 12ème edition. Paris: Montchrestien, 1998, p. 6.

<sup>1353</sup> No mesmo sentido, por todos, Laferriere, ao afirmar que “em Direito Administrativo, as regras mais importantes foram elaboradas por juízes”. LAFERRIERE, Edouard. *Traité...*, cit., 1989, p. VIII (Introduction).



atividades públicas e o desenvolvimento de ideias relacionadas à solidariedade e igualdade dos administrados.<sup>1354</sup>

Conforme já examinado, durante o Estado liberal francês a teoria da *irresponsabilidade* do Estado aparecia, na primeira metade do século XIX, como um corolário da soberania<sup>1355</sup>, pois não se concebia naquele momento histórico que o Estado fosse obrigado a reparar eventuais danos causados a particulares, sob pena de igualar o ente estatal aos seus próprios súditos, algo impensado naquela altura.<sup>1356</sup>

Após esse período, a jurisprudência francesa passou a promover um alargamento contínuo da responsabilidade estatal<sup>1357</sup>, primeiramente ao reconhecer como indenizáveis, de início, apenas os danos provocados por *atos de gestão*<sup>1358</sup> e, num segundo momento, já no início do século XX, ampliando a responsabilização do Estado também para os danos decorrentes dos chamados *atos de império*<sup>1359</sup> (ou de autoridade)<sup>1360</sup>. Com efeito, através do arrêt *Blanco*<sup>1361</sup>, de 1º de fevereiro de 1873, mencionado em praticamente toda a literatura administrativista como um marco para o direito público<sup>1362</sup>, inaugura uma nova era na responsabilização do Estado, porquanto reconhece os danos advenientes do poder

---

<sup>1354</sup> RIVERO, J.; WALINE, J. *Droit administratif*, 20 éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 399.

<sup>1355</sup> RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 307.

<sup>1356</sup> Nesse contexto, não era possível imaginar o Estado indenizando o indivíduo por prejuízos sofridos em virtude da ação dos agentes estatais. A máxima então vigente era a de que o rei não poderia cometer ilegalidade nem causar dano a ninguém (*the King can do no wrong*). Conforme, entre tantos, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Princípios...*, Volumen II, cit., 2002, p. 476.

<sup>1357</sup> Sempre com o objetivo de “melhorar o destino da vítima”. Conforme RIVERO, J.; WALINE, J. *Droit...*, cit., 2004, p. 393.

<sup>1358</sup> RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 308.

<sup>1359</sup> O arrêt *Tomaso Grecco*, de 10 de fevereiro de 1905, reconhece o dever do Estado de indenizar não só os danos decorrentes dos chamados atos de gestão, mas também dos atos de polícia (*de império*). Até então os danos decorrentes dos atos de polícia não eram suscetíveis de reparação, pois vigorava para tais atos o princípio da irresponsabilidade estatal. A partir do julgamento do arrêt *Tomaso Grecco*, o *Conseil d'Etat* rompe a distinção que havia entre atos de gestão e atos de império, passando a admitir gradualmente que todos os atos estatais se sujeitassem ao princípio da responsabilidade.

Disponível em: <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/10-fevrier-1905-Tomaso-Grecco> Acesso em: 16.12.2016.

<sup>1360</sup> Segundo Rivero e Waline, com o tempo foram desaparecendo os últimos vestígios da irresponsabilidade estatal: é o caso da responsabilidade por atos legislativos, atos jurisdicionais e atos de polícia. RIVERO, J.; WALINE, J. *Droit...*, cit., 2004, p. 400.

<sup>1361</sup> O arrêt *Blanco*, julgado pelo Tribunal de Conflitos em 8 de fevereiro de 1873, confirma tanto a responsabilidade do Estado por danos causados por serviços públicos, como a competência da jurisdição administrativa para dirimir conflitos dessa natureza. Reconheceu-se, nesse julgamento, a responsabilidade civil do Estado por danos causados aos particulares por seus agentes, por meio de atos de gestão pública, ficando consagrada, também, a existência de uma responsabilidade civil administrativa independente de lei expressa, bem como a autonomia dessa responsabilidade perante aquela que emana do direito privado.

Disponível em: <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/Tribunal-des-conflits-8-fevrier-1873-Blanco> Acesso em 16.12.2016

<sup>1362</sup> RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 308.

público como danos indenizáveis. Mas não só! No aludido julgamento, o Tribunal de Conflitos francês afastou a aplicação das regras contidas no Código Civil e passou a reconhecer, de forma inédita, que a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública deveria ser regida por regras e princípios próprios, estranhos ao direito privado.<sup>13631364</sup>

Questão interessante no direito francês diz respeito ao sujeito responsável pela reparação do dano, bem como ao órgão competente para o julgamento da demanda. Na França é necessário distinguir dentre os fatos danosos, aqueles que constituem faltas *personais* do autor, separáveis do exercício *normal* da função, e as falhas imputadas ao próprio serviço, sem individualização do responsável<sup>1365</sup>. As faltas *personais* do agente público envolvem a responsabilidade perante os tribunais comuns e de acordo com as regras de direito privado; nos fatos danosos não separáveis da conduta dos agentes públicos (*culpa do serviço*), diferentemente, o responsável pela reparação será o próprio ente público, perante os tribunais administrativos (nesse sentido o arrêt *Blanco* e, alguns meses depois, o arrêt *Pelletier*<sup>1366</sup>)<sup>1367</sup>. No Brasil, devido à adoção da teoria do risco

---

<sup>1363</sup> O arrêt *Blanco* apresentou algumas preciosas contribuições para o desenvolvimento da responsabilidade estatal e, porque não dizer, do próprio Direito Administrativo. Segundo a doutrina de Morand-Deville, tais contribuições podem ser assim sintetizadas: a) reconheceu-se a inaplicabilidade do Código Civil para solucionar problemas atinentes ao campo da responsabilidade estatal; b) fixou-se a competência da justiça administrativa para o processo e julgamento de ações de reparação de dano propostas em desfavor do Estado; c) reconheceu-se a necessidade de criação/adaptação de princípios próprios de direito público para a solução de problemas relacionados à reparação estatal. MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif*. 6ª Ed., Paris: Montchrestien, 1999, p. 747.

<sup>1364</sup> O arrêt *Blanco*, segundo René Chapus, reconheceu a existência do *princípio da autonomia*, ao proclamar que o regime de responsabilidade do Estado deveria seguir princípios próprios, distintos daqueles aplicáveis ao direito privado. CHAPUS, René. *Droit...*, Tome I, cit., 1998, p. 1130.

<sup>1365</sup> No direito administrativo francês, portanto, convivem entre si a responsabilidade pessoal do agente e a responsabilidade da Administração, cada qual com um campo de incidência definido pela jurisprudência. Conforme LAUBADÈRE, A. de; VENEZIA, J.C.; GAUDEMÉT, Y. *Droit...*, cit., 1999, 138.

<sup>1366</sup> O arrêt *Pelletier*, julgado em 30 de julho de 1873, aborda a distinção entre *faute de service* (falta ou falha do agente) e *faute du service* (falha da administração), fixando a divisão de responsabilidades entre a administração e os seus agentes em caso destes causarem danos a terceiros. Neste julgamento, o Sr. Pelletier tinha pedido a um tribunal que declarasse ilegal a apreensão do jornal que pretendia publicar e que tinha sido feito com base na lei sobre o estado de sítio. Com esse objetivo, solicitou ainda a devolução de cópias apreendidas. Embora o Conselho de Estado tenha considerado que a decisão tomada pelo representante do poder público era ilegal, entendeu ainda que o vício residia no ato decisório e não no decisor. A partir desta decisão fica esclarecida a distinção entre *faute du service* e *faute de serviço* (do agente). A falta pessoal é aquela que pode ser destacada do serviço; nestes casos a competência para julgar eventuais ações de responsabilidade civil será do Poder Judiciário. Na *culpa do serviço*, diferentemente, não é possível destacar imediatamente a conduta do agente do funcionamento do serviço, pois esta avaliação envolve necessariamente um juízo sobre o funcionamento da administração. Por isso, em casos de *faute du service*, a competência para julgamento de eventual ação reparatória é da justiça administrativa. Disponível em:

administrativo e, noutra perspectiva, do sistema de jurisdição única (ou sistema *inlgês*)<sup>1368</sup>, pouco importa se o dano foi provocado por culpa pessoal do agente, desde que, óbvio, no exercício de sua função pública<sup>1369</sup><sup>1370</sup>, ou se a falta estiver relacionada ao próprio funcionamento do serviço (*culpa do serviço*), pois em qualquer dessas situações a conduta danosa será imputada diretamente ao Estado, e a ação proposta tramitará junto ao órgão judiciário competente. A culpa do agente, quando destacável, somente será importante num segundo momento, ou seja, na ação de regresso eventualmente promovida pelo Estado em desfavor de seu agente culposo.

Maria José Rangel de Mesquita esclarece a distinção que, no âmbito da responsabilidade da Administração, a doutrina francesa estabelece entre as chamadas *faute de service (du fonctionnaire)* e *faute du service*, que são dois aspectos que a *faute de l'administration* ou *faute administrative* podem revestir. Para a autora, a *faute de service* distingue-se da mencionada *faute du service*, pois esta tem lugar sempre que o fato ilícito gerador de um prejuízo na esfera jurídica do particular tenha ocorrido em virtude de um determinado serviço público ter funcionado mal e não como seria legítimo esperar. O fato lesivo que causa danos ao particular é, neste caso, imputável ao próprio serviço que faz parte integrante da Administração, e não a qualquer pessoa individual – titular de órgão,

---

<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/Tribunal-des-conflits-30-juillet-1873-Pelletier> Acesso em: 16.12.2016.

<sup>1367</sup> Conforme RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 310.

<sup>1368</sup> Constituição brasileira de 1988, art. 5º, XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>1369</sup> Obviamente que a conduta danosa somente será imputada ao Estado quando praticadas por agente estatal no exercício da função pública ou a pretexto de exercê-la. Vejamos a explicação de Sergio Cavalieri Filho: “O Estado só responde pelos danos que os *seus agentes, nessa qualidade*, causem a terceiros. A expressão grifada – *seus agentes, nessa qualidade* – está a evidenciar que o constituinte adotou expressamente a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade da Administração Pública, e não a teoria do *risco integral*, porquanto condicionou a responsabilidade objetiva do Poder Público ao dano decorrente da sua atividade administrativa, isto é, aos casos em que houver relação de causa e efeito entre a atividade do agente público e o dano. Sem essa relação de causalidade, como já ficou assentado, não há como e nem por que responsabilizá-lo. Importa dizer que o Estado não responderá pelos danos causados a outrem pelos seus servidores quando não estiverem no exercício da função, nem agindo em função dela. Não responderá, igualmente, quando o dano decorrer de fato exclusivo da vítima, caso fortuito ou força maior e fato de terceiro, por isso que tais fatores, por não serem agentes do Estado, excluem o nexo causal.”. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2008, p. 237.

<sup>1370</sup> Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a expressão “agindo nessa qualidade”, contida no art. 37, § 6º, da Constituição, está a indicar que “acarretam a responsabilidade do Estado não só os danos produzidos no exercício da atividade pública do agente, mas também aqueles que só puderam ser produzidos graças ao fato de o agente prevalecer-se da condição de agente público”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de...*, cit., 2001, p. 815.

funcionário ou agente – que tenha atuado ao serviço daquela<sup>1371</sup>. Por outras palavras, o direito francês consagra, conforme já mencionado, a existência de uma responsabilidade pessoal do agente pelas suas faltas *destacáveis*, e de uma responsabilidade da pessoa pública nos demais casos, que, vale dizer, não se excluem.<sup>13721373</sup>

Se a culpa é pessoal quando possa ser separada do exercício da função, importante esclarecer, ancorado na lição de Rivero, que esta pode separar-se *materialmente*: é o caso do fato cometido fora do exercício da função, e sem ligação com ela, e também *psicologicamente*, “sempre que, apesar de cometido no serviço, revele, segundo as fórmulas clássicas de Laferrière, não ‘um administrador mais ou menos sujeito a erro’, mas ‘o homem, com as suas fraquezas, as suas paixões, as suas imprudências’”.<sup>13741375</sup>

Havendo acumulação de culpas, a jurisprudência passou a admitir que em certos casos, *duas culpas*, uma pessoal e outra imputável ao serviço, pudessem concorrer para a efetivação do dano, caso em que o Conselho de Estado<sup>1376</sup> reconheceu à vítima a faculdade de escolher entre as duas responsabilidades, podendo pedir a reparação da totalidade do prejuízo quer ao agente, perante o Tribunal comum, com fundamento na culpa, quer à Administração, perante o juiz administrativo, com base em culpa do serviço.<sup>1377</sup>

Ainda em relação à acumulação de responsabilidades, o Conselho de Estado acabou por admitir que sempre que a conduta culposa pessoal do agente possa ter sido praticada por meio dos instrumentos ou dos poderes à disposição do serviço, “a culpa

---

<sup>1371</sup> MESQUITA, Maria José Rangel de. *Da responsabilidade...*, cit., 2004, pp. 50-51.

<sup>1372</sup> Conforme RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 310.

<sup>1373</sup> Ainda sobre a diferenças entre *faute du service* e *faute de service*, importante fazer referência à doutrina de Georges Vedel e Pierre Devolvé, para quem a falha do serviço não pode ser imputada exclusivamente ao agente público, pela simples razão de não ser destacável da atividade administrativa. Assim, diante de um caso de *faute du service*, o lesado deverá propor ação de reparação de danos em face do próprio Estado, sem que para tanto sequer seja necessário individualizar eventual conduta faltosa do agente. VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif*. 12ª ed., Paris: PUF, 1992, pp. 580-581.

<sup>1374</sup> RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 333.

<sup>1375</sup> No mesmo sentido LAUBADÈRE, A. de; VENEZIA, J.C.; GAUDEMET, Y. *Droit...*, cit., 1999, 139.

<sup>1376</sup> O arrêt *Anguet*, de 3 de fevereiro de 1911, declarou a coexistência de culpas (do serviço e do agente), permitindo o ajuizamento de ação reparatória contra a administração ou contra o agente culposo, à escolha da vítima. O Sr. *Anguet* entrou numa estação de correios pouco antes da hora de encerramento dos serviços. Ao sair do estabelecimento, foi surpreendido com o trancamento das portas por alguns funcionários mesmo antes da hora oficial de encerramento dos serviços. Ao queixar-se a dois funcionários, estes o agrediram e acabaram por atirá-lo brutalmente para fora do serviço de correios. No julgamento, o Conselho de Estado decidiu que o administrado tinha o direito de pedir a compensação do Estado no valor de 20.000 francos pelos danos causados por culpa dos funcionários que praticam a ilegalidade, mas também pelo anormal funcionamento do serviço que encerrou suas atividades antes do tempo regulamentar. Disp. em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007633783> Acesso em: 16.12.2016.

<sup>1377</sup> RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 334.

talvez se separe do serviço, mas o serviço não se separa da culpa”<sup>13781379</sup>, razão pela qual a vítima pode processar, à sua escolha, o agente ou a própria Administração. No ponto final desta evolução relativa à acumulação das responsabilidades, tal passou a ser admitida na jurisprudência francesa sempre que “a culpa pessoal não careça de qualquer ligação com o serviço”<sup>1380</sup>, passando a culpa pessoal a se transformar num “novo fato gerador da responsabilidade das pessoas públicas, excetuando o caso em que permanece totalmente alheia ao serviço”.<sup>1381</sup>

No Brasil, sempre que o agente público atua nessa qualidade, isto é, valendo-se da especial condição de agente estatal, eventuais danos decorrentes desta atuação são imputados diretamente ao Estado. Não há escolha em relação ao polo passivo da demanda; a ação de reparação de danos, portanto, será proposta contra o ente público (ou privado, quando exercente de função administrativa), porque assim determina a Constituição. Tal situação abriga verdadeiro paradoxo, pois se em *tese* é uma medida positiva para a vítima, na prática não é bem assim. Explica-se: o fato de a conduta danosa ser imputada ao Estado traz segurança à vítima, pois esta terá certeza que o poder público possui condições econômicas para suportar eventual condenação, confiança que não existiria caso a ação fosse ajuizada diretamente contra o agente estatal. Na prática, no entanto, processar o Estado, ao menos no Brasil, não tem sido uma tarefa fácil, pois os favores processuais concedidos aos poderes públicos, o esgotamento de todos os recursos cabíveis, inclusive alguns de ordem procrastinatória, a morosidade injustificável do Poder Judiciário e, por fim, o sistema de pagamentos públicos por meio do regime de *precatórios*<sup>13821383</sup>, tudo

---

<sup>1378</sup> RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 335.

<sup>1379</sup> No arrêt *Lemonnier*, de 26 de Julho de 1918, o Conselho de Estado confirmou a coexistência de responsabilidades entre o agente e a administração. Durante uma celebração anual, a Sra. Lemonnier, acabou ferida por uma bala perdida. Na sequência, o Tribunal Judicial condenou o culpado ao pagamento de uma indenização. No entanto, posteriormente o *Conseil* concluiu que o fato de o acidente ter resultado da falta de um agente público na execução de um serviço público não poderia privar a vítima do direito de ajuizar ação diretamente contra a administração pública. Neste caso, declarou-se apenas ser necessário que o juiz do tribunal administrativo investigue se houve uma anormalidade do serviço suficiente a atrair a responsabilidade da entidade pública. Disponível em: <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/26-juillet-1918-Epoux-Lemonnier> Acesso em: 16.12.2016.

<sup>1380</sup> RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 335.

<sup>1381</sup> RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, pp. 335-336.

<sup>1382</sup> CF/88, art. 100 da Constituição de 1988. “Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.”.

junto, faz com que eventual indenização contra o Estado demore normalmente mais de uma década para ser solvida.

Voltando a realidade francesa, a falha do serviço público (*faute du service*) ocorre quando o serviço simplesmente não funcionou (ex: acidente de trânsito causado pela ausência de sinalização de uma obra pública), ou quando o serviço funcionou mal ou ainda quando o serviço funcionou atrasado<sup>1384</sup><sup>1385</sup>. Em casos assim, a responsabilidade da Administração é uma responsabilidade autônoma, derogatória do direito comum<sup>1386</sup>, que não se confunde, portanto, com a falta do agente.

No entanto, sustenta Rivero o “caráter concreto da culpa do serviço”, pois o juiz, para apreciá-la, não deve se ater a uma norma abstrata. Deveras, para decidir em cada caso se existe ou não culpa, o juiz deve perguntar a si mesmo o que seria lícito esperar na hipótese em questão, tendo em conta a dificuldade menor ou maior da sua missão, as circunstâncias de tempo, de lugar, os meios de que o serviço dispunha, em pessoal ou material, etc. Disso tudo resulta, ensina Rivero, “que a noção de culpa do serviço tem um caráter relativo, podendo o mesmo fato, conforme as circunstâncias, ser considerado culposo ou não culposo”.<sup>1387</sup>

A responsabilidade da Administração na França foi, em princípio, fundada apenas na culpa (*responsabilité pour faute*), hipótese em que a vítima deveria comprovar a falha na execução de alguma atividade pública, além, óbvio, do dano e do nexo causal. Como afirmado anteriormente, a culpa do agente não pode ser separada de suas funções públicas, sob pena de responder o próprio agente, pessoalmente, na justiça comum, e não a Administração, perante a justiça administrativa.

---

<sup>1383</sup> Esclareça-se que precatório é “a requisição, ou propriamente, a carta expedida pelos juízes da execução da sentença, em que a fazenda pública foi condenada a certo pagamento, ao presidente do tribunal, a fim de que, por seu intermédio, se autorizem e se expeçam as necessárias ordens de pagamento às respectivas repartições pagadoras. (...) Pelo precatório é que se formula o processo para a requisição do pagamento devido a ser feito pelo presidente do tribunal a quem se dirigir. E a este cabe ordenar à repartição competente a satisfação do pagamento em cumprimento à execução promovida”. SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 416.

<sup>1384</sup> LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Droit...*, cit., 2002, p. 149.

<sup>1385</sup> Para Laubadère, Venezia e Gaudemet “A culpa da Administração pode tomar dois aspectos: ela pode ser constituída por uma única falha cometida por um agente individualizável, que a cometeu no exercício da função administrativa, como também pode consistir numa falha cuja identificação do agente não é possível; é o serviço como um todo que deu errado, a atividade não foi desenvolvida como normalmente se poderia esperar (a culpa é do próprio serviço).”, LAUBADÈRE, A. de; VENEZIA, J.C.; GAUDEMET, Y. *Droit...*, cit., 1999, p. 145.

<sup>1386</sup> Conforme RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 311.

<sup>1387</sup> RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 321.

Com o passar do tempo, a jurisprudência francesa passou a criar uma espécie de graduação da culpa, isto é, uma “qualidade administrativa”<sup>1388</sup> para a culpa, a qual passou a admitir duas situações distintas: a falta grave (*faute lourde*), que seria uma conduta culposa empreendida no desenvolvimento das atividades administrativas, e a falta simples (*faute simple*), consubstanciada numa conduta que, quando culposa, não era configurada uma culpa grave, mas branda, quase aceitável, identificada mesmo em condutas que, embora lícitas, em alguns casos poderiam constituir fatos geradores de reparação de dano contra o poder público. No início do século XX apenas a negligência grave era capaz de fazer emergir a responsabilidade estatal, no entanto, com o desenvolvimento da responsabilidade administrativa, a exigência de falta grave foi reconhecida como um escudo de proteção da Administração e, pouco a pouco, afastada pela jurisprudência<sup>1389</sup>, sobretudo pela dificuldade que muitas vezes existe acerca da distinção entre falta grave, leve ou levíssima.

Assim, paralelamente à responsabilidade baseada na culpa, desenvolveu-se na França uma responsabilidade sem culpa da Administração. Em relação a esta *responsabilité sans faute*, a jurisprudência exige seja feito um balanceamento entre o dano experimentado pela vítima e as vantagens decorrentes da ação administrativa que o desencadeou<sup>1390</sup>. Nesta categoria de responsabilidade sem culpa, quando baseada no risco da atividade<sup>1391</sup>, hipótese em que é aplicável mesmo nos casos de atos lícitos, deverá haver um “prejuízo anormal”<sup>1392</sup> para vítima, assim entendido aquele que “deve exceder os inconvenientes inerentes ao funcionamento de um serviço, às servidões que qualquer vida coletiva impõe”<sup>1393</sup>.

---

<sup>1388</sup> LAZARI, A. *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*. Torino: Giappichelli, 2005, p. 145.

<sup>1389</sup> A exigência de culpa grave passou a ser relativizada pelo Conselho de Estado a partir da década de 1990, principalmente por meio do arrêt *Theux*, de 1997, que dizia respeito à responsabilidade por transporte médico de emergência, e arrêt *Améon*, de 1998, relativo a uma operação de salvamento no mar.

<sup>1390</sup> RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 312.

<sup>1391</sup> A teoria do risco já foi tratada detalhadamente em tópico anterior. Não obstante, segundo a doutrina de Rivero e Waline, tal significa simplesmente que aquele cuja atividade cria algum risco de dano a terceiros, caso tal risco venha a se concretizar deverá quem o criou responder pelos prejuízos causados, pois para além dos bônus de atividade, o causador do dano deve arcar também com o ônus de sua atividade. RIVERO, J.; WALINE, J. *Droit...*, cit., 2004, p. 405.

<sup>1392</sup> MOREAU, J. *La responsabilité administrative*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 99.

<sup>1393</sup> RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 315.

Com efeito, a teoria do risco, antes mencionada, constitui o principal fundamento para a responsabilidade sem culpa (objetiva)<sup>1394</sup>, pois a Administração, no exercício de sua missão constitucional, rotineiramente expõe as pessoas a um risco particular, que pode ou não se concretizar, sem culpa de sua parte. Nestes casos, “o fato gerador consiste na realização do risco voluntariamente criado”.<sup>1395</sup>

A jurisprudência francesa tem aplicado a teoria do risco principalmente nos seguintes casos: acidentes de trabalho sofridos pelos agentes da administração; danos causados por coisas perigosas (ex: cabos de alta tensão, armas utilizadas pela polícia, etc)<sup>1396</sup>; e danos causados por atividades ou técnicas perigosas.<sup>1397</sup>

Além da responsabilidade subjetiva, fundada na culpa, e a responsabilidade objetiva, fundada no risco, a jurisprudência francesa tem reconhecido outras formas de responsabilidade sem culpa, para além do risco. São exemplos as obras públicas (mesmo que não sejam perigosas), inexecução de decisões judiciais, medidas de ordem econômica ou social impostas no interesse geral a uma empresa privada; recusa (lícita) por parte da Administração de ordenar demolição de um imóvel construído sem observância das regras do urbanismo<sup>1398</sup>. Em todas as hipóteses, ensina Rivero, está-se na presença de uma medida não culposa, mas excepcional, que inflige a um particular, no interesse geral, um prejuízo anormal. O fundamento desta responsabilidade reside “no atentado à igualdade de todos perante os encargos públicos: seria injusto que uma só pessoa pagasse (por) uma decisão tomada no interesse geral”.<sup>13991400</sup>

---

<sup>1394</sup> Em complemento à responsabilidade baseada na culpa, a responsabilidade objetiva com base no risco possibilita ao Estado reparar de forma mais completa e eficiente os danos experimentados pelos administrados. LAUBADÈRE, A. de; VENEZIA, J.C.; GAUDEMET, Y. *Droit...*, cit., 1999, p. 146.

<sup>1395</sup> RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 324.

<sup>1396</sup> O arrêt *Regnault-Desroziers*, de 28 de março de 1919, constitui um importante passo no desenvolvimento da jurisprudência que reconhece a responsabilidade do Estado sem culpa, com base na teoria do risco. Em 4 de Março de 1916, o Forte da Coroa Dupla, ao norte de Saint-Denis, explodiu, matando 23 pessoas, ferindo outras 81 e destruindo muitos edifícios, em razão do acúmulo de grandes quantidades de granadas e bombas incendiárias. O Conselho de Estado considerou que algumas atividades (neste caso o manuseio de objetos perigosos) apresentam riscos especiais, e que, em caso de acidentes, o Estado deve responder independentemente da existência de culpa.

Disponível em: <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plusimportantes-du-Conseil-d-Etat/28-mars-1919-RegnaultDesroziers> Acesso em: 16.12.2016.

<sup>1397</sup> LAUBADÈRE, A. de; VENEZIA, J.C.; GAUDEMET, Y. *Droit...*, cit., 1999, p. 146 e ss.

<sup>1398</sup> RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, pp. 326-327.

<sup>1399</sup> RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 327.

<sup>1400</sup> Importante transcrever lúcida lição de Rivero sobre o fundamento da responsabilidade: “O princípio da igualdade de todos perante os encargos públicos é considerado por numerosos autores a justificação de todas as hipóteses de responsabilidade. Mas, normalmente, a ruptura desta igualdade só é geradora de



Por fim, cabe registrar a jurisprudência do Conselho de Estado, principalmente a partir do caso *Letisserand*, julgado em 1961<sup>1401</sup>, que passa a reconhecer a possibilidade de a Administração ser condenada também por danos morais<sup>1402</sup>, além de declarar que também são indenizáveis os danos sofridos “por ricochete”, ou seja, os prejuízos causados de forma indireta a terceiros em decorrência de fato cuja responsabilidade é imputável à Administração. Vigora na França, portanto, o princípio da reparação total do dano sofrido.<sup>1403</sup>

Como foi possível observar, a jurisprudência francesa, especialmente do *Conseil d'État*, em muito tem contribuído para o desenvolvimento da responsabilidade estatal nos últimos dois séculos. Aliás, tantos e tão importantes são os precedentes jurisprudenciais na França sobre a matéria em questão que a própria doutrina, que normalmente vem na vanguarda do conhecimento, costuma afirmar que a construção da teoria da responsabilidade do Estado é obra da jurisprudência do Conselho de Estado, do Tribunal de Conflitos e dos próprios tribunais judiciais franceses.<sup>1404</sup>

### 3.8.3. O abrangente sistema espanhol de responsabilidade estatal

Embora já existissem algumas garantias relacionadas à responsabilidade do Estado durante a vigência da Constituição Espanhola de 1876, somente a partir da entrada em vigor da *Ley de Expropiación Forzosa* de 16 de dezembro de 1954<sup>1405</sup>, especialmente pelo disposto no art. 121<sup>1406</sup>, é que surgiu no ordenamento jurídico espanhol um sistema de

---

responsabilidade enquanto resulta de um fato ou da concretização de um risco; aqui, funciona de um certo modo no estado puro, e constitui por si só o fato gerador da responsabilidade”. RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 327.

<sup>1401</sup> (Arrêt *Letisserand*, de 24 de novembre de 1961, *Conseil d'Etat*, nº 48841). Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007636181> Acesso em: 16.12.2016.

<sup>1402</sup> LAUBADÈRE, A. de; VENEZIA, J.C.; GAUDEMET, Y. *Droit...*, cit., 1999, p. 147.

<sup>1403</sup> Conforme CHAPUS, René. *Droit...*, Tome I, cit., 1998, p. 1137 e ss.

<sup>1404</sup> LAUBADÈRE, A. de; VENEZIA, J.C.; GAUDEMET, Y. *Droit...*, cit., 1999, p. 142.

<sup>1405</sup> Para Meilán Gil, a *Ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954* constitui o *turning point* da concepção da responsabilidade patrimonial da Administração na Espanha, eis que se reconhece a partir de então uma responsabilidade direta e objetiva, superando a insuficiência e inadequação do Código Civil. MEILÁN GIL, José Luis. *El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: una revisión doctrinal*. In Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 14, n. 58, out./dez., Belo Horizonte, 2014, pp. 13-31.

<sup>1406</sup> Ley de Expropiación Forzosa, de 16 diciembre 1954.

“Artículo 121. [Responsabilidad patrimonial de la Administración pública por daños. Responsabilidad del concesionario]

reparação dos danos provocados pela Administração Pública, por intermédio da conduta de seus agentes<sup>14071408</sup>. A partir de então, destaca Martín Mateo, a legislação administrativa sai de seu *inmobilismo* e se adapta totalmente às novas necessidades, superando com isso as soluções *iusprivatistas* de outrora.<sup>1409</sup>

A Lei de 26 de julho de 1957, que disciplina o regime jurídico da Administração, detalha e regulamenta a responsabilidade estatal, distinguindo a atuação da Administração em relação às suas atividades regidas pelo direito público e às atividades regidas pelo direito privado<sup>1410</sup>. Na sequência a responsabilidade patrimonial da Administração passou à seara constitucional por meio da Carta espanhola de 1978, que incorporou ao seu texto a responsabilidade objetiva do Estado, conforme prescreve atualmente o art. 106.2.<sup>14111412</sup>

O regime criado pela Lei de 26 de julho de 1957 sofreu importantes modificações por meio da Lei do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum - LRJAP y PAC<sup>14131414</sup> (arts. 139-146), a qual procedeu a uma

---

1. Dará también lugar a indemnización con arreglo al mismo procedimiento toda lesión que los particulares sufran en los bienes y derechos a que esta Ley se refiere, siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa, sin perjuicio de las responsabilidades que la Administración pueda exigir de sus funcionarios con tal motivo.

2. En los servicios públicos concedidos correrá la indemnización a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste.” Disponível em: [http://igvs.xunta.es/ipecos-opencms-portlet/export/sites/default/PortalVivenda/Biblioteca/Lexislacion/Lei\\_de\\_16\\_de\\_diciembre\\_de\\_1954\\_sobreExpropiacion\\_Forzosa\\_BOE\\_nx\\_351\\_de\\_17-12-1954\\_.pdf](http://igvs.xunta.es/ipecos-opencms-portlet/export/sites/default/PortalVivenda/Biblioteca/Lexislacion/Lei_de_16_de_diciembre_de_1954_sobreExpropiacion_Forzosa_BOE_nx_351_de_17-12-1954_.pdf) Acesso em: 21.06.2015.

<sup>1407</sup> Conforme OCHOA GÓMEZ, María Pilar. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y el fenómeno urbano*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 2005, p. 31.

<sup>1408</sup> Segundo Martín Rebollo, não é exagero afirmar que antes de 1954 não havia verdadeiramente responsabilidade da administração pública, eis que eventuais danos por esta provocados eram discutidos à luz do Código Civil. MARTÍN REBOLLO, Luis. *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: un balance y três reflexiones*. In *Revista de Administración Pública*, Núm. 150, Septiembre-diciembre, 1999, pp. 317-371.

<sup>1409</sup> MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho Administrativo*. 26ª Edición. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007, p. 423.

<sup>1410</sup> Conforme MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual...*, cit., 2007, p. 423.

<sup>1411</sup> Constitución española de 1978, artículo 106: (...) 2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

<sup>1412</sup> Ao se referir sobre o “princípio geral de responsabilidade” contido na Carta espanhola de 1978, Martín Rebollo afirma que o texto constitucional afeta o tema da responsabilidade de duas maneiras: “Por um lado, eleva o princípio indenizatório ao máximo nível normativo ao mencioná-lo no artigo 106.2, dentro do Título dedicado ao Governo e a Administração. E, por outro, garante um tratamento comum, ao atribuir ao Estado a competência exclusiva para regular ‘o sistema de responsabilidade de todas as Administrações Públicas’”. MARTÍN REBOLLO, Luis. *Ayer y hoy...*, cit., 1999, pp. 317-371.

<sup>1413</sup> Lei 30/92, de 26 de novembro, do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum (LRJAP y PAC/92)

regulamentação detalhada da responsabilidade patrimonial da Administração, unificando o procedimento de responsabilização tanto para suas relações de direito público quanto às de direito privado. A partir da aludida lei, todos os danos oriundos da função administrativa passaram a ser imputados diretamente à Administração e não a seus agentes causadores<sup>1415</sup>.

A fórmula contida na *Ley 30/1992*, segundo a doutrina de Martín Rebollo, pode ser assim sintetizada: os particulares possuem direito a ser indenizados de toda lesão que sofram em qualquer de seus bens e direitos que seja imputável à Administração Pública pelo funcionamento normal ou anormal dos serviços públicos<sup>1416</sup>. Se houver uma lesão – que se define negativamente como o dano que o particular não tenha o dever jurídico de suportar de acordo com a lei – imputável causalmente à Administração, em princípio haverá indenização.<sup>1417</sup>

Na Espanha, pode-se considerar que atualmente a responsabilidade extracontratual da Administração é *total, objetiva e direta*<sup>1418/1419</sup>, e consiste na obrigação que incumbe a esta de ressarcir os particulares pelos prejuízos econômicos oriundos da atividade administrativa e que não estejam juridicamente obrigados a suportar<sup>1420</sup>. Os danos indenizáveis devem ser efetivos, avaliáveis economicamente e individualizados relativamente a uma pessoa ou a um grupo de pessoas; é possível a indenização tanto do *dano emergente* quanto o *lucro cessante*<sup>1421/1422</sup>. Além disso, é necessário que o *dano* seja *antijurídico*, não no sentido de materializar uma atuação ilícita da Administração, mas, diferentemente, de refletir um prejuízo injusto, assim entendido aquele que o prejudicado não estava juridicamente obrigado a suportar.<sup>1423</sup>

---

<sup>1414</sup> LRJAP-PAC foi parcialmente modificada pela Lei nº 4/1999, de 13 de janeiro.

<sup>1415</sup> MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual...*, cit., 2007, p. 423.

<sup>1416</sup> Meilán Gil esclarece que por “serviços públicos” se entende como toda e qualquer atuação da Administração, como sua inatividade ou simples ações, bastando para tanto que se comprove a existência de nexos causal. MEILÁN GIL, José Luis. *El carácter...*, cit., 2014, pp. 13-31.

<sup>1417</sup> MARTÍN REBOLLO, Luis. *Ayer y hoy...*, cit., 1999, pp. 317-371.

<sup>1418</sup> Segundo Martín Rebollo, no sistema espanhol a responsabilidade sempre será da administração pública (direta), “sem prejuízo das responsabilidades que esta pode exigir de seus funcionários por meio da ação de regresso”. MARTÍN REBOLLO, Luis. *Ayer y hoy...*, cit., 1999, pp. 317-371.

<sup>1419</sup> Conforme SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios...*, Volumen II, cit., 2002, pp. 481-482.

<sup>1420</sup> MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual...*, cit., 2007, p. 423.

<sup>1421</sup> MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual...*, cit., 2007, p. 424.

<sup>1422</sup> SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios...*, Volumen II, cit., 2002, p. 481.

<sup>1423</sup> Conforme GÓMEZ DE MERCADO, Francisco García. *Responsabilidad patrimonial de la Administración*. Granada: Editorial Comares, 2009, p. 63.

Portanto, os danos decorrentes do funcionamento dos serviços públicos em princípio são indenizáveis, sejam eles provocados por ação ou omissão, sejam em decorrência de funcionamento *normal* ou *anormal* dos aludidos serviços<sup>1424</sup>. Segundo a jurisprudência do Tribunal Supremo, o sistema de responsabilidade patrimonial atualmente vigente na Espanha prescinde totalmente da ilicitude da conduta da Administração, pelo menos no que se refere aos danos provocados pela ação estatal. Além disso, a responsabilidade patrimonial da Administração está baseada unicamente nos dados *objetivos* do dano, sendo irrelevante, pois, o fato de o agente causador do dano ter atuado com culpa ou sem ela<sup>1425</sup>. Trata-se, pois, de um dos sistemas de responsabilidade estatal mais abrangentes e avançados do mundo.<sup>14261427</sup>

Nesse sentido é a Sentença do Tribunal Supremo de 4 de novembro de 1991 (RJ 8353), ao declarar que:

*“La imputación de dicho resultado danoso, em relación de causa-efecto y como acto determinante del mismo, al funcionamiento de um servicio público, tanto em el caso de que pueda reputarse éste anormal, por ser consecuencia de una actuación culpable de la Administración o de sus agentes, como em el supuesto que deba calificarse de normal, lo que implica la conclusión dentro de la cobertura patrimonial de los daños ocasionados involuntariamente, es decir, com independencia de que el acto originador sea lícito o ilícito”.*

---

<sup>1424</sup> MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual...*, cit., 2007, p. 425.

<sup>1425</sup> GÓMEZ DE MERCADO, Francisco García. *Responsabilidad...*, cit., 2009, p. 3; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios...*, Volumen II, cit., 2002, p. 481 e ss., entre outros.

<sup>1426</sup> E também, por outro lado, “o sistema mais caro do mundo”. Conforme PANTALEÓN prieto, Fernando. *Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. In Documentación Administrativa – DA, nº 237-238 (enero-junio 1994), pp. 239-253. Disponível em: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5354&path%5B%5D=5408> Acesso em: 11 de janeiro de 2017.

<sup>1427</sup> Oriol Mir critica a abrangência da responsabilidade do Estado na Espanha, ao dizer que um sistema de responsabilidade objetiva global da Administração (um sistema em que a responsabilidade seja objetiva para todos e cada um – sem exceção – dos âmbitos de atuação administrativa) como o materializado no ordenamento espanhol é simplesmente inaceitável, pois a responsabilidade não é um bom instrumento para canalizar a *solidariedade*. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia um nuevo sistema*. Madrid: Civitas, 2002. Em sentido semelhante, Arana Muñoz afirma que a responsabilidade patrimonial objetiva atualmente existente no sistema espanhol não é sustentável e precisa ser revista, de forma a limitar a responsabilidade objetiva a situações excepcionais, reconhecendo como regra a responsabilidade pelo funcionamento anormal dos serviços públicos, ou seja, “um funcionamento ‘anormal’ que haveria de entender-se como culpa objetiva e delimitado de acordo com *standards* normativos de diligência a serem criados pelo legislador e pela Administração, combinados com uma cláusula geral de diligência que permita conferir ao sistema a necessária flexibilidade nos casos concretos”. ARANA MUÑOZ, Jaime Rodríguez. *Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. In Biblioteca Digital Revista de Direito Administrativo e Constitucional – RDAC, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, abr. 2003. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=12616> Acesso em: 12 de janeiro de 2017.

Os danos causados pelo funcionamento normal do serviço público são aqueles que se produzem a particulares, em que pese, analisada dentro de uma perspectiva de diligência exigível, a conduta da Administração não tenha sido reprovável – porque foram cumpridos os procedimentos e regras técnicas próprias do setor de atividade de que se trate, significando com isso dizer que o critério de imputação da responsabilidade civil extracontratual da Administração não pode ser a culpa, mas uma situação diferente, que normalmente é considerada como sendo o risco a terceiros que envolve a atividade administrativa potencialmente prejudicial da Administração<sup>1428</sup>. Já os danos advenientes do funcionamento anormal induzem a uma atuação *desconforme* por parte da Administração Pública.

Além disso, leciona Martín Rebollo que o dano, para ser indenizável, deve ser efetivo (isto é, não hipotético, potencial ou futuro, mas real), avaliável (pouco importa se materiais, pessoais ou morais) e individualizável (não são indenizáveis os danos qualificados como gerais), lembrando que o dano deve ser imputável à Administração Pública pelo funcionamento normal ou anormal dos serviços públicos, excluídas as hipóteses de força maior.<sup>1429</sup>

Como se vê, para além dos danos decorrentes do funcionamento anormal dos serviços públicos<sup>1430</sup>, a Lei de 1954 trouxe também a previsão de reparação por eventuais danos provocados a terceiros por condutas administrativas lícitas e legítimas, mas danosas. Em outras palavras, mesmo sendo *normal* o serviço público, é possível a indenização no sistema espanhol. Como regra geral, o prazo prescricional para pedir reparação de danos contra a administração é de 01 (um) ano, a contar do ato que motivou a reclamação ou ainda do momento que se manifestou seu efeito lesivo.<sup>1431</sup>

---

<sup>1428</sup> BUSTO LAGO, J. M. *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. In Tratado de responsabilidade civil. Luis Fernando Reglero Campos (Coordenador), Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

<sup>1429</sup> MARTÍN REBOLLO, Luis. *Ayer y hoy...*, cit., 1999, pp. 317-371.

<sup>1430</sup> Para Ramón Parada, o crescimento do âmbito da responsabilidade é tal que a expressão “serviço público” utilizada pela lei deve ser entendida como sinônimo de função administrativa, compreendendo a atividade de serviço público em sentido estrito ou prestacional, assim como a atividade de polícia, sancionadora, arbitral, de fomento etc. PARADA, Ramón. *Derecho...*, cit., 2007, p. 567. Mercado, igualmente, esclarece que a expressão “serviço público” deve aqui ser compreendida em sentido *amplíssimo*, “que abarque toda a atividade administrativa da Administração sujeita ao Direito Administrativo”. GÓMEZ DE MERCADO, Francisco García. *Responsabilidad...*, cit., 2009, p. 30.

<sup>1431</sup> Conforme MARTÍN REBOLLO, Luis. *Ayer y hoy...*, cit., 1999, pp. 317-371.

Assim como ocorre no Brasil, a conduta dos agentes públicos no exercício da função é imputada não diretamente a eles, mas à Administração Pública, que responderá objetivamente nos casos de funcionamento *normal* ou *anormal* do serviço público. Importante registrar que há quem sustente que a responsabilidade patrimonial da Administração seja limitada às situações de funcionamento anormal do serviço público<sup>1432</sup><sup>1433</sup>. No entanto, Gómez de Mercado esclarece que essa tese não é compartilhada pela jurisprudência, que, diante do caráter objetivo da responsabilidade, sustenta que ainda que o funcionamento do serviço público seja adequado não há razão para exonerar a Administração de responsabilidade por eventuais danos (conforme: STS 25-1-1997, RJ 266; y 20-10-1997, RJ 7254), de modo que é irrelevante que o funcionamento seja normal ou anormal (conforme: STS 11-7-1995, RJ 5632) assim como o juízo de valor sobre a licitude ou ilicitude da conduta (conforme: STS 15-2-1994, RJ 890), à exceção das condutas omissivas, que possuem contornos próprios.<sup>1434</sup>

Se não há necessidade de se perquirir sobre a ilicitude da atuação do agente tanto nos casos de funcionamento *normal* quanto *anormal* do serviço público, no caso específico de *inatividade* da Administração, a jurisprudência tem entendido que a responsabilidade desta está normalmente vinculada ao funcionamento *anormal* do serviço, ou seja, neste caso deve-se comprovar que havia um dever jurídico de atuar e mesmo assim a Administração se quedou inerte.<sup>1435</sup>

Após o pagamento de indenização por parte da Administração ao lesado, esta cobrará regressivamente de seus agentes sempre que estes tiverem dado causa aos prejuízos através de conduta dolosa, culposa ou por negligência grave<sup>1436</sup>, sem prejuízo de

---

<sup>1432</sup> GARRIDO FALA, Fernando. *Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa*, In Revista Española de Derecho Administrativo, nº 94, abril-junio 1997, p. 173.

<sup>1433</sup> A propósito, para Garrido Fala, Palomar Olmeda e Losada González, atualmente as hipóteses de responsabilização estatal na Espanha são as seguintes: “a) responsabilidade por conduta culpável ou negligente da Administração, que engloba os atos administrativos ilegais e a responsabilidade pelo funcionamento anormal do serviço público; b) responsabilidade objetiva, que abrange a responsabilidade por atos administrativos lícitos, a responsabilidade pela criação de situações de risco objetivo e a responsabilidade por atos sem fiscalização”. GARRIDO FALA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto; LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. II. Parte General: Conclusión. Duodécima Edición. Madrid: Tecnos, 2006, pp. 339-350

<sup>1434</sup> GÓMEZ DE MERCADO, Francisco García. *Responsabilidad...*, cit., 2009, p. 32.

<sup>1435</sup> GÓMEZ DE MERCADO, Francisco García. *Responsabilidad...*, cit., 2009, p. 35.

<sup>1436</sup> Segundo Ramón Parada, “a generosidade do Direito espanhol tende, com efeito, a colocar na conta da Administração todas as condutas dos agentes públicos sem distinguir e valorar, como ocorre no Direito francês, entre o que é uma falta do serviço e uma falta pessoal do agente para imputar a este os danos por ele provocados”. PARADA, Ramón. *Derecho...*, cit., 2007, p. 569.

eventual responsabilidade penal destes<sup>1437</sup>. Diferente do que ocorre em Portugal e na Espanha, o direito (na verdade, dever) de regresso no Brasil será exercido nos casos em que o agente houver dado causa ao dano através de conduta culposa ou dolosa. Não se perquire, pois, se a culpa é considerada grave, leve ou levíssima. No sistema brasileiro, comprovada a culpa do agente (em qualquer grau: grave, leve ou levíssima e ainda o dolo) deverá o Estado propor a ação ressarcitória em desfavor do agente causador da lesão.

Por fim, importante destacar que a *Ley 30/1992* não se refere à responsabilidade das entidades privadas que executam função administrativa, ao contrário dos sistemas brasileiro e português. Não obstante, o art. 98.3 da nova Lei de Contratos vigente na Espanha estabelece que os prejudicados poderão dirigir-se à Administração para que esta se manifeste sobre qual das partes contratantes recai a eventual responsabilidade indenizatória (administração ou delegatária). O exercício desta faculdade pelo prejudicado, ainda segundo a mencionada lei, interrompe o prazo de prescrição da ação reparatória.<sup>1438</sup>

Pois bem, após o estudo do sistema de responsabilidade civil extracontratual do Estado atualmente existente no Brasil, bem como a análise dos principais contornos dos modelos português, francês e espanhol de responsabilidade estatal, passa-se, no capítulo seguinte, que é o núcleo da presente investigação, ao exame sobre a possibilidade de reparação de danos pelo Estado ante a não expedição de regulamentos administrativos pela Administração, nas situações que para tanto esteja vinculada. Pretende-se, pois, além do detalhamento acerca da possível reparação, identificar os pressupostos necessários e também as eventuais hipóteses de exclusão da responsabilidade estatal.

---

<sup>1437</sup> MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual...*, cit., 2007, p. 424.

<sup>1438</sup> Conforme MARTÍN REBOLLO, Luis. *Ayer y hoy...*, CIT., 1999, pp. 317-371.





## CAPÍTULO 4. A NÃO EDIÇÃO DE REGULAMENTOS ADMINISTRATIVOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUAS CONSEQUÊNCIAS REPARATÓRIAS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

*“O agente não recebe os poderes como o particular, a título de simples reconhecimento de uma autonomia; mas recebe-os só e na medida exacta em que eles se tornam necessários para a satisfação daquele interesse público que o legislador teve em vista tutelar. É, portanto, do reconhecimento desta funcionalidade dos poderes que ao sujeito administrativo são outorgados, que resulta automaticamente a imposição de actuar de certa maneira ou, como vimos, de um poder conexo com dever”.<sup>1439</sup>*

*“É tempo de responsabilidade. Mas, principalmente, é tempo de responsabilizar-se cada um por todos, para que o direito não positive ilusões, antes, concretize humanidades”.<sup>1440</sup>*

### 4.1. Síntese investigativa

Enfim se avizinha o desfecho da presente investigação, no qual, em síntese, propõe-se a responder à seguinte indagação: a inércia injustificada da Administração Pública, designadamente no que tange a não expedição de regulamentos administrativos reclamados pela ordem jurídica, é fonte idônea de responsabilidade civil? Pretende-se, pois, a partir dos temas estudados nos capítulos anteriores, responder fundamentadamente à mencionada questão, informando, caso se conclua pela possibilidade de reparação na hipótese, os pressupostos para tanto necessários, e também as eventuais causas de justificação e excludentes da responsabilidade estatal.

Nessa perspectiva, torna-se necessário reprisar resumidamente o caminho até aqui percorrido, com o propósito de connexionar os assuntos tratados e estruturar adequadamente o objeto de pesquisa, e com isso propiciar ao leitor a exata compreensão daquilo que se propõe. Neste contexto, no primeiro capítulo desta pesquisa promoveu-se o estudo sobre o poder regulamentar da Administração Pública, oportunidade em que foi mencionado que o

---

<sup>1439</sup> SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse...*, cit., MCMLV.

<sup>1440</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004, p. 10.

exercício da função administrativa exige que a Constituição e as leis concedam várias prerrogativas às autoridades públicas, normalmente inexistentes nas relações de caráter privado, necessárias ao adequado desempenho das competências definidas pela ordem jurídica na busca pelo bem comum. A doutrina costuma nomear esses instrumentos de *imposição da vontade estatal*<sup>1441</sup> como *poderes administrativos*<sup>14421443</sup>. Embora tais prerrogativas normalmente sejam atribuídas pelo direito objetivo de forma explícita e específica, admite-se também que o sejam de forma implícita e genérica.<sup>1444</sup> O poder administrativo, conforme Schmidt-Assmann, deve ser um poder autodeterminado, isto é, determinado pelo sujeito do qual emana a legitimação, e um poder sempre orientado à satisfação do interesse público.<sup>14451446</sup> É por meio poder administrativo que a Administração cumpre sua função de “*longa manus* do legislador”<sup>1447</sup> e, como regra, materializa a *relação jurídica administrativa*, que nada mais é do que o “contato juridicamente disciplinado entre dois sujeitos de direito”<sup>1448</sup>, em que ambos – Administração e administrado – apresentam-se como sujeitos de direitos e deveres.<sup>1449</sup>

Os poderes administrativos, que num passado não tão distante já foram definidos como prerrogativas de índole exclusivamente estatal, atualmente já não ostentam tal atributo, sendo mesmo comum nos dias atuais que tais poderes sejam exercidos até mesmo por entidades privadas, bastando que para tanto estas estejam investidas de poderes

---

<sup>1441</sup> MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Tomo I, parte general. Buenos Aires: Depalma, 1949, p. 90.

<sup>1442</sup> Também designados doutrinariamente como *poderes da administração*, ou ainda, no singular, como *poder administrativo* ou *poder público de autoridade*.

<sup>1443</sup> Diogo Freitas do Amaral sustenta que a “Administração Pública é, efetivamente, uma autoridade, um poder público – é o *poder administrativo*” AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Vo. II, 9ª reimpressão da edição de 2001, Coimbra: Almedina, 2009, p. 19.

<sup>1444</sup> Conforme ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tomo I. Traducción de la 3ª edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970, p. 183.

<sup>1445</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 100.

<sup>1446</sup> Segundo Afonso Queiró, os poderes conferidos por lei aos órgãos públicos “destinam-se a que, utilizando-os, se satisfaçam certas necessidades públicas”. QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Estudos de Direito Administrativo*. Coimbra: Atlântida Editora, 1968, p. 12.

<sup>1447</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Estudos...*, cit., 1968, p. 9.

<sup>1448</sup> MONCADA, Luís S. Cabral de. *A relação...*, 2009, p. 11.

<sup>1449</sup> Cabral de Moncada reforça que “o reconhecimento de direitos é o ponto de partida” para a compreensão da relação jurídica administrativa. MONCADA, Luís S. Cabral de. *A relação...*, 2009, p. 125.

públicos de autoridade em consequência da assunção do exercício de alguma tarefa administrativa delegada pelo Estado.<sup>1450</sup>

Uma das faces do poder público de autoridade que apresenta especial relevância para o regular exercício da função administrativa pela Administração Pública ou por particulares que lhe façam as vezes é o *poder regulamentar* que, conforme já salientado, possui lugar de destaque para o desenvolvimento da presente pesquisa e, bem por isso, foi objeto de minuciosa abordagem na parte inicial desta investigação. No exercício do poder regulamentar a Administração e outras entidades<sup>1451</sup> que exercem função administrativa expedem regulamentos administrativos, que nada mais são do que “normas escritas ditadas por quem detém o poder administrativo”<sup>1452</sup>.

No sistema jurídico brasileiro, o poder regulamentar da Administração Pública encontra seu principal fundamento no art. 84, inciso IV da Constituição de 1988, o qual prescreve que compete ao chefe do Poder Executivo expedir decretos e regulamentos para fiel execução das leis. Além dessa previsão, o inciso VI do mesmo art. 84 prevê ainda a figura do *decreto autônomo*, que nada mais é do que um *regulamento independente* cuja competência para expedição pertence ao Presidente da República.<sup>145314541455</sup>

---

<sup>1450</sup> Conforme, entre tantos, GONÇALVES, Pedro. *Entidades...*, cit., 2008; ALESSI, Renato. *Instituciones...*, cit., 1970; MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2015; AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso...*, cit., 2009.

<sup>1451</sup> Registrou-se no primeiro capítulo acerca do processo expansivo do poder regulamentar, sobretudo pelo crescimento exponencial da produção normativa escrita nos últimos cinquenta anos, fato que tem provocado, no dizer de Santamaría Pastor, “a dispersão subjetiva do poder regulamentar”. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios...*, Volumen I, cit., 2002, p. 313.

<sup>1452</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, v. I, revisor técnico: Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: RT, 2014, p. 191; também AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso...*, cit., 2009, pp. 151-152.

<sup>1453</sup> O regulamento independente, no Brasil, somente poderá ser expedido para tratar das seguintes matérias: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos. Conforme art. 84, VI, da Constituição de 1988.

<sup>1454</sup> Há outras classificações doutrinárias para os regulamentos administrativos que já foram mencionadas no primeiro capítulo desta investigação. García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, por exemplo, mencionam também os regulamentos de necessidade, que seriam “os regulamentos *contra legem* justificados apenas em função de um estado de necessidade, de uma situação de emergência, cuja excepcionalidade coloca em primeiro plano o velho princípio *salus populi suprema lex esto*, acima, inclusive do próprio princípio da primazia da lei, que, em tais casos, fica transitoriamente excepcionado”. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso...*, cit., 2014, p. 227.

<sup>1455</sup> Registre-se que embora a Constituição de 1988 faça referência apenas ao Presidente da República, também os demais chefes do Poder Executivo – governadores e prefeitos – possuem competência para a expedição de regulamentos independentes, em homenagem ao princípio da simetria constitucional, por diversas vezes já reconhecido pela Corte Suprema.

Portanto, o sistema jurídico brasileiro admite expressamente o exercício do poder regulamentar por meio de duas frentes distintas: o regulamento executivo, como regra geral e, por exceção, o regulamento independente, neste caso exclusivamente para matérias específicas, já referenciadas. O regulamento executivo faz parte do cotidiano jurídico-administrativo da Administração Pública brasileira, pois quase todas as leis editadas pelo Parlamento remetem ao Poder Executivo o *dever* de regulamentá-las, com vistas a operacionalizar-lhes a execução.

Importante rememorar também que a depender do alcance e eficácia, o poder regulamentar se divide em *externo* e *interno*, sendo que aquele possui natureza de poder derivado<sup>1456</sup>, eis que somente pode ser reconhecido quando expressamente autorizado por uma norma legal ou constitucional, enquanto este – o poder regulamentar interno – encontra seu fundamento no poder público de autoridade, o qual apresenta como uma de suas faces o *poder de auto-regulamentação* ou, no Brasil, o *poder hierárquico*, compreendido como a prerrogativa que possuem as autoridades superiores de disciplinarem, internamente, a conduta de seus subordinados.<sup>1457</sup>

O poder regulamentar encontra sua justificativa na complexidade de tarefas confiadas à Administração Pública, que, por sua vez, exige maior dinamismo no trato das questões rotineiramente vivenciadas ou ainda das providências reivindicadas pelos administrados<sup>1458</sup>. Com efeito, o distanciamento do legislador em relação aos casos concretos enfrentados nos corredores da Administração e, para além disso, a absoluta impossibilidade ou mesmo inconveniência de previsão exaustiva e minuciosa de uma *matéria* por parte do legislador fazem com que habitualmente seja necessária a intervenção da Administração, de modo a criar normativamente as condições de aplicação da lei aos casos da vida.<sup>1459</sup> Noutro aspecto, o poder regulamentar se funda na necessidade de tratar “uniformemente os indivíduos”<sup>1460</sup><sup>1461</sup>, em homenagem ao princípio da igualdade.

---

<sup>1456</sup> DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*. 2ª Edição. Coimbra: Almedina, 2011, p. 158.

<sup>1457</sup> Meirelles define o *poder hierárquico* como aquele de que dispõe a Administração “para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoal”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, cit., 2012, p. 127.

<sup>1458</sup> Conforme, SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios...*, Volumen I, cit., 2002, p. 313.

<sup>1459</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso...*, vol. II, cit., 1988, p. 174.

<sup>1460</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, cit., 2003, p. 320.

O primeiro capítulo, portanto, cuidou de apresentar ao leitor o poder regulamentar e mais detidamente o regulamento administrativo, analisando-se sua natureza jurídica, conceito e espécies. Além disso, foi apresentado um fluxograma da organização político-administrativa brasileira, de modo a identificar os órgãos e entidades que exercem o poder regulamentar no cenário jurídico interno, com destaque, neste caso, para as *agências reguladoras*, *autarquias especiais* que expedem atos normativos para a regulação de serviços públicos delegados a entidades privadas, nos termos da Lei Geral de Concessões e Permissões (Lei nº 8.987/1995). Por fim, dedicou-se algum espaço para o estudo dos limites ao exercício do poder regulamentar e também às formas de controle dos atos emanados deste poder.

Já a segunda parte da investigação foi dedicada ao estudo dos instrumentos jurídico-processuais existentes na ordem jurídica brasileira que possibilitam o combate às omissões normativas do poder público, a partir, especialmente, da análise da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e também do instituto do mandado de injunção<sup>1462</sup>. Tais instrumentos, como já mencionado, não possuem um viés reparatório, mas apenas o objetivo de impulsionar a expedição de norma faltante – e ainda assim sem a efetividade desejada. Nessa perspectiva, muito se tem discutido nas últimas décadas sobre a inércia estatal que se contrapõe aos comandos normativos da Constituição ou mesmo da lei, situação intolerável para a qual devem ser buscadas soluções jurídicas adequadas, tanto no que concerne à ausência de efetividade dos remédios existentes quanto na seara da responsabilidade civil.

As omissões de natureza normativa podem estar associadas a todas as funções do Estado<sup>1463</sup> e, num plano histórico, passaram a ser reconhecidas e consideradas pelo direito especialmente após o surgimento do Estado social, que passou a exigir diversas prestações do Poder Público ao administrado dentro de um contexto de solidariedade social<sup>1464</sup><sup>1465</sup>.

---

<sup>1461</sup> De fato, se cada órgão público aplicasse a lei segundo seu entendimento, tal procedimento acarretaria insegurança jurídica e violação ao princípio da isonomia, haja vista que implicaria tratamentos diversos para situações jurídicas idênticas.

<sup>1462</sup> O regime do Mandado de Injunção, lembre-se, foi recentemente alterado pela Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016, com a finalidade de conferir um mínimo de efetividade a esse importante instrumento de controle concreto da omissão normativa.

<sup>1463</sup> MIRANDA, Jorge. *A fiscalização...*, cit., 2012, pp. 09-38.

<sup>1464</sup> O Estado Social, segundo a doutrina de Loureiro, é aquele que, sem prejuízo de seu papel na economia, assume os deveres de garantidor das condições mínimas para que a sociedade viva com dignidade. LOUREIRO, J. C. *Adeus...*, cit., 2010, p. 73.

Embora visíveis em todas as funções estatais, pode-se afirmar, contudo, que nos dias atuais a inatividade estatal se relaciona com maior frequência às funções legislativa e administrativa, esta em escala cada vez mais significativa, notadamente no que tange a não expedição de regulamentos administrativos impostos pelo ordenamento jurídico, que é exatamente o tema a ser enfrentado neste capítulo.

Devido à crise de *carência de efetividade* das normas jurídicas e consequentemente da violação de direitos fundamentais que dela desdobra, os mais variados sistemas jurídicos têm instituído ou adaptado internamente seus mecanismos de combate às omissões normativas, na tentativa de repelir tais omissões ou, não sendo isto possível, ao menos minimizar as consequências jurídicas nocivas que delas derivam. Os mecanismos criados pelo direito brasileiro – a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* (instrumento de fiscalização abstrata de constitucionalidade) e o *mandado de injunção* (mecanismo de fiscalização *in concreto* da omissão normativa) –, no entanto, têm se preocupado muito mais com as omissões normativas propriamente ditas do que com as consequências danosas que delas possam resultar aos administrados, como, por exemplo, a *geração* de danos injustos a particulares em decorrência da mora normativa do Estado. Com efeito, não há no arcabouço normativo interno ou mesmo na doutrina especializada um suporte jurídico minimamente adequado à busca por eventual reparação de dano, quando este resulte da omissão estatal. Por outras palavras, os instrumentos jurídicos de combate à inércia normativa no Brasil, além de carecerem de efetividade para a adequada repressão ao silêncio estatal, não possibilitam, por outro lado, a eliminação de outros efeitos jurídicos por ventura provocados pela omissão normativa, em especial, como dito, os possíveis danos experimentados por particulares em decorrência da injusta e corriqueira inatividade normativa estatal.

O segundo capítulo foi também dedicado ao estudo da tipologia das normas constitucionais; do sistema de controle de constitucionalidade de normas vigente no ordenamento jurídico brasileiro e também das omissões normativas e do fenômeno do *ativismo judicial*, que pulsa cada vez mais forte no Supremo Tribunal Federal, com

---

<sup>1465</sup> Segundo a doutrina de Carbonell e Salazar, “O surgimento do Estado social ocorre em um contexto histórico onde estão presentes três condições: indivíduo indefeso, novos riscos sociais e novas finalidades do Estado”. CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli*. In *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Org. Miguel Carbonell e Pedro Salazar, Madrid: Trotta, 2005, p. 175.

destaque, quanto a este último tópico, para o uso de *sentenças aditivas* como – duvidoso e polêmico – instrumento de combate às omissões normativas.

Já o terceiro capítulo da presente investigação, que retrata o tema da *responsabilidade civil extracontratual do Estado* à luz do ordenamento jurídico brasileiro, veio afinal fornecer o arcabouço jurídico necessário à junção dos conteúdos dos capítulos precedentes como uma *ponte de passagem* para a elaboração desta derradeira parte, possibilitando com isso a formação de um adequado juízo de valor sobre a possibilidade reparatória ante a inatividade normativa injustificada da Administração.

A responsabilidade civil do Estado é hoje considerada pela doutrina majoritária como um *direito fundamental*<sup>1466</sup>, análogo aos demais direitos, liberdades e garantias previstos no texto constitucional e conexas com “outros princípios estruturantes”, tais como os princípios do estado democrático de direito, da legalidade e da igualdade,<sup>1467</sup> bem assim como uma *garantia fundamental da liberdade*.<sup>1468</sup> O regime republicano, a rigor nada mais é do que “um regime de responsabilidade”<sup>1469</sup> e as regras a ela relativas – *responsabilidade* – constituem, a par de outros institutos jurídicos, “uma linha de defesa das posições jurídicas atribuídas pelo direito aos sujeitos”<sup>1470</sup>.

Foi visto que a depender do fundamento sobre o qual se alicerça a responsabilidade civil, a *culpa* será ou não considerada como requisito a sustentar a reparação de dano. Assim, tem-se a responsabilidade *subjetiva*, ancorada na culpa, e a responsabilidade *objetiva*, que, diversamente, dispensa a aferição do elemento subjetivo da

---

<sup>1466</sup> A doutrina majoritária considera a responsabilidade extracontratual do Estado como um *direito fundamental*, análogo aos demais direitos, liberdades e garantias. Conforme MIRANDA, Jorge. *Manual...*, Tomo IV, cit., 2012, p. 177; MEDEIROS, Rui. *Ensaio...*, cit., 1992, p. 121; CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição...*, cit., 2014, p. 425; VAZ, Manuel Afonso; BOTELHO, Catarina Santos. *Comentário às disposições introdutórias da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro*. In *Comentário ao Regime de responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 40. Há autores, contudo, que sustentam que o dispositivo constitucional que trata acerca da responsabilidade civil estatal deve ser enquadrado não como direito fundamental, pois não atribui direitos subjetivos às pessoas, mas como *garantia institucional*. Assim, por exemplo, ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos...*, cit., 2009, p. 136.

<sup>1467</sup> Nesse sentido Canotilho e Moreira, ao comentarem a Constituição portuguesa: “A responsabilidade conecta-se, desde logo, com outros princípios jurídico-constitucionalmente estruturantes como o princípio do Estado-de-direito (arts. 1.º e 2.º), o princípio da constitucionalidade e legalidade da ação do Estado (art. 4.º) e o princípio da igualdade (art. 13.º)”. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição...*, cit., 2007, p. 425.

<sup>1468</sup> “A responsabilidade não é um obstáculo à liberdade, mas a outra face da moeda que jamais deixará de a acompanhar”. BARBOSA, Mafalda Miranda. *Reflexões...*, cit., 2005, p. 554.

<sup>1469</sup> ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 65.

<sup>1470</sup> FRADA, Manuel António de C. P. Carneiro da. *Uma terceira via no direito da responsabilidade civil?* Coimbra: Almedina, 1997, p. 15.

conduta para a configuração do dever de indenizar. Não obstante isso, quando se investiga especificamente a omissão administrativa, a conclusão que se chega é que esta somente deve ser sancionada pelo direito quando ilícita. Mas esta *ilicitude*<sup>1471</sup>, que é precisamente o fato gerador da responsabilidade do Estado nos casos de omissão, não pode ser *automaticamente* associada à ideia de culpa, dado que é perfeitamente possível que uma conduta não configure *culpa* (imprudência, imperícia e negligência e ainda, por equiparação, o dolo) e mesmo assim seja considerada antijurídica e, pois, apta a responsabilizar o poder público, dada sua contrariedade ao direito.<sup>1472</sup> Por outros termos, uma inatividade formal da Administração Pública que acarrete danos injustos a particulares poderá ser considerada *ilícita*, ainda que não necessariamente culposa. A ilicitude, portanto, é uma condição de incompatibilidade entre uma conduta e a ordem jurídica, podendo, pois, ser reconhecida em circunstâncias várias, inclusive quando ausente ou desnecessária a discussão sobre o elemento subjetivo da conduta. Este aspecto é de especial relevância para a solução do problema da não expedição de regulamentos administrativos pela Administração Pública brasileira e, bem por isso, será objeto de acurado exame nesta última parte da investigação.

Por fim, vimos que as teorias da culpa e do risco, designadamente no que concerne às omissões normativo-administrativas, não se revelam aptas a impedir que danos injustos sejam gerados a particulares e, pior, não fornecem subsídios para a busca por reparação em casos específicos de silêncio estatal. Por isso a ideia, já apresentada no terceiro capítulo, de se aplicar às omissões administrativas danosas a teoria que nomeamos *inatividade ilícita*, que será aplicada sempre que o dano causado pela inatividade estatal for considerado contrário às regras e princípios que informam a Administração Pública. Este é, afinal, o núcleo do estudo a ser desenvolvido nesta última parte: a identificação e delimitação da *inatividade normativa ilícita* da Administração para fins de reparação de danos.

---

<sup>1471</sup> Conforme Sinde Monteiro, a valoração acerca da ilicitude de um comportamento “pressupõe necessariamente uma ponderação entre o valor da acção e do desvalor do resultado, de bens e de interesses”. MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Rudimentos...*, cit., 2005, pp. 349-390.

<sup>1472</sup> Segundo a doutrina de Teresa Ancona Lopez, “O conceito de ilicitude (abuso do direito e também ato ilícito) não se confunde com a noção de culpa. O ilícito é o que é contra o direito. Diz respeito ao ato em si, objetivamente considerado, desligado da intenção do sujeito”. LOPES, Teresa Ancona. *Principais linhas...*, cit., 2006, pp. 111-152.



Pois bem, estabelecida a conexão entre os conteúdos até este ponto tratados, bem como fixados os pilares teóricos para o desenvolvimento desta parte derradeira da pesquisa, passa-se, agora, ao exame acerca da possibilidade de um particular buscar reparação de eventuais danos experimentados em decorrência da não expedição de regulamentos administrativos pela Administração Pública. O ponto de partida para o caminho que ora se pretende trilhar é o exame dos direitos fundamentais e seu caráter vinculatório relativamente à Administração Pública. Tal vinculação é a essência da *relação jurídica administrativa*, que, segundo Cabral de Moncada, é marcada pela “titularidade de verdadeiros direitos, pelos cidadãos destinatários da atividade administrativa”.<sup>1473</sup>

#### **4.2. A eficácia dos direitos fundamentais em tempos de *global administrative law***

A expedição de regulamentos administrativos pela Administração Pública é nos dias atuais medida essencial ao regular exercício da função administrativa. Com efeito, a Administração Pública desenvolve na atualidade uma enorme variedade de tarefas, de natureza instrumental, que têm por finalidade a satisfação de necessidades coletivas. Essas tarefas exigem a expedição rotineira de regulamentos administrativos, muitos dos quais para a concretização de *direitos fundamentais* dos administrados. Por isso, faz-se necessário o estudo de alguns tópicos relacionados aos direitos fundamentais, para evidenciar, além de outros aspectos de interesse da pesquisa, o caráter vinculatório que decorre desses direitos relativamente ao administrador público.

O direito administrativo teve sua origem marcada por um contexto de sacralização do princípio da legalidade<sup>1474</sup>, em que o poder administrativo encontrava seu fundamento e também seus limites apenas na *lei formal*, que, por sua vez, a todos sujeitava dentro de *determinado território*.<sup>1475</sup> Não obstante, ainda no século passado as relações jurídicas internacionais começaram a se acentuar e ganharam relevo a partir de um contexto de globalização econômica<sup>1476</sup> e comunicação em rede<sup>1479</sup>, situação que *acabou* por

---

<sup>1473</sup> MONCADA, Luís S. Cabral de. *A relação jurídica administrativa*. Coimbra Editora, 2009, p. 14.

<sup>1474</sup> É o que Otto Mayer nomeava como “soberania da lei”. MAYER, Otto. *Derecho...*, cit., 1949, p. 73.

<sup>1475</sup> CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 17 e ss.

<sup>1476</sup> Krisch e Kingsbury afirmam que “A globalização e o surgimento da governança global estão transformando a estrutura do direito internacional, muito embora essas transformações se deem num plano

reivindicar novas regras e princípios de direito administrativo que pudessem ser aplicados para além do foro doméstico, com vistas à resolução de conflitos de vários matizes e envolvendo atores transnacionais também de naturezas diversas.<sup>1480</sup> Todo este cenário chamou a atenção para uma nova *ordem mundial* – econômica e também jurídica – que começava a tomar corpo.<sup>1481</sup>

Nessa nova realidade, a doutrina começou a atentar para o desenvolvimento de um direito administrativo global<sup>1482</sup><sup>1483</sup> (*global administration, global administrative space* ou *global administrative law*), de índole multifacetada e com fontes normativas distintas,<sup>1484</sup> que sinalizava – e ainda sinaliza – para o reconhecimento de relações jurídicas mais simétricas entre os inúmeros atores envolvidos<sup>1485</sup>. Em consequência disso, o direito

---

abaixo da ordem legal internacional e não sejam, frequentemente, noticiadas”. KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. *Introdução: governança global e direito administrativo global na ordem legal internacional*. In RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 261, set./dez. 2012, pp. 13-32.

<sup>1477</sup> Para Sabino Cassese, “A difusão acelerada e generalizada das tecnologias de comunicação é apenas um dos aspectos do que se define como globalização. O segundo é a interdependência do conjunto dos países do mundo, produzida pelo aumento do volume e da variedade das transações transfronteiriças de bens e serviços e dos fluxos internacionais de capitais”. CASSESE, Sabino. *La Globalización Jurídica*. In Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 13.

<sup>1478</sup> Schmidt-Assmann já há algum tempo fazia referência à *europaização* do direito administrativo, em razão do influxo, completude e transformação dos ordenamentos jurídicos nacionais pelas ações jurídico-comunitárias observadas no âmbito da Comunidade Europeia. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría...*, cit., 2003, p. 40.

<sup>1479</sup> Conforme assinala Castells, “Como nossa prática é baseada na comunicação, e a Internet transforma o modo como nos comunicamos, nossas vidas são profundamente afetadas por essa nova tecnologia da comunicação”. CASTELLS, Manuel. *A sociedade...*, cit., 2003, 10.

<sup>1480</sup> Portanto, nesse novo cenário os princípios e institutos do direito administrativo tradicional sofreram adaptações de modo a gerar uma globalização jurídica, assim como aconteceu naturalmente com a globalização econômica. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; IGNACIO HERNÁNDEZ, José. *El Derecho Administrativo Global: el espacio jurídico-administrativo ibero-americano*.

Disp. em: [http://international.vlex.com/vid/derecho-administrativo-global-espacio-653774477?utmmedium=email&utmsource=transactional&utm\\_campaign=mail\\_referencia\\_doc](http://international.vlex.com/vid/derecho-administrativo-global-espacio-653774477?utmmedium=email&utmsource=transactional&utm_campaign=mail_referencia_doc) Acesso em: 09.04.2017

<sup>1481</sup> Conforme SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton University Press, 2004, p. 224.

<sup>1482</sup> Segundo Ruffert e Steinecke, “A ideia de desenvolver estruturas jurídicas administrativas a nível global é uma invenção conceitual proeminente no pensamento do direito público atual. A abordagem teórica do Direito Administrativo Global tem como objetivo a elaboração de inter-relações entre entidades administrativas em escala mundial, a identificação e análise de processos decisórios e mecanismos de criação de leis nos diferentes sistemas jurídicos, internacionais ou nacionais, de acordo com as diferentes tarefas que podem ser atribuídas a um sistema administrativo”. RUFFERT, Matthias; STEINECKE, Sebastian. *The Global Administrative Law of Science*. Heidelberg: Springer, 2011, p. 15.

<sup>1483</sup> Cassese se refere ao tema utilizando a expressão “espaço jurídico global”. CASSESE, Sabino. *La Globalización...*, cit., 2006, p. 13.

<sup>1484</sup> Harlow faz interessante abordagem sobre o potencial do *global administrative law* e suas possíveis fontes, citando, por exemplo, as normas de natureza principiológica, a boa governança e os valores atinentes aos direitos humanos. HARLOW, Carol. *Global administrative law: the quest for principles and values*. In European Journal of International Law, 2006, pp. 187-2014.

<sup>1485</sup> Nesse sentido é a lição de Ruffert e Steinecke, para quem a “teoria do direito administrativo global centra-se na pluralidade de regimes administrativos com sua multiplicidade de atores - órgãos públicos ou

administrativo tradicional, que no mais das vezes era tomado como sinônimo de *Administração Pública* (no plano interno) parece não mais encontrar o mesmo espaço nos dias atuais<sup>1486</sup>. O direito administrativo global, como dito, é multinível, heterogêneo e assimétrico, além de apresentar uma menor distância entre Administração e administrado, bem como maior proximidade com o direito privado.<sup>1487</sup><sup>1488</sup> Pode-se afirmar, na linha de Ruffert e Steinecke, que na realidade o direito administrativo global pretende estender as funções básicas do direito público à esfera internacional, “para continuar a estabelecer sua capacidade de legitimar e limitar o exercício do poder em uma escala global”.<sup>1489</sup><sup>1490</sup> Não obstante, no espaço administrativo global, a linha que separa as ordens interna e internacional é, muitas vezes, indistinta.<sup>1491</sup>

---

privados, seu volume difuso de regras legais - vinculantes e não-vinculantes - e as questões concomitantes de proteção de direitos e interesses e também de legitimidade”. RUFFERT, Matthias; STEINECKE, Sebastian. *The Global...*, cit., 2011, p. 16.

<sup>1486</sup> Segundo Krisch e Kingsbury, “a distinção entre direito interno e direito internacional está se tornando mais precária, formas flexíveis de se fazerem regras estão cada vez mais difundidas, a soberania dos Estados está se enfraquecendo gradualmente e a base da legitimidade do direito internacional está cada vez mais em dúvida”. KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. *Introdução: governança...*, cit., set./dez. 2012, pp. 13-32.

<sup>1487</sup> Conforme lição de Sabino Cassese, coexistem atualmente o direito administrativo interno (nacional) e o direito administrativo internacional (global). A distinção entre eles se faz basicamente a partir de quatro diretrizes: a primeira é que a ordem jurídica Internacional se caracteriza pela interpenetração de normas esparsas e de fontes distintas e também por princípios próprios, enquanto a ordem jurídica interna, mais coesa, se funda numa interpretação própria e unívoca; a segunda premissa é que no direito administrativo interno a relação administração/administrado está fundada num critério de subordinação mais palpável enquanto no direito administrativo global não há clareza na divisão desses papéis, mas, diferentemente, um espaço de cooperação entre todos os atores; a terceira distinção reside no fato de que o direito administrativo interno tem sua legitimidade democrática atrelada às decisões governamentais, ao passo que o direito administrativo global materializa suas decisões por meio de colegiados de especialistas, sem igual legitimidade democrática; por derradeiro, o direito administrativo global apresenta uma distinção mais penosa relativamente ao direito privado, devido a maior interpenetração de ambos, ao passo que no direito administrativo interno a função administrativa, ao menos em tese, é mais fácil de ser delimitada, circunstância que sinaliza, também em tese, para uma separação mais clara entre direito público e Privado. CASSESE, Sabino. *Administrative Law...*, cit., 2004, pp. 670-671.

<sup>1488</sup> Para saber mais: CASSESE, Sabino; CAROTTI, Bruno; CASINI, Lorenzo; CAVALIERI, Eleonora; and MACDONALD. Euan. *Global Administrative Law: The Casebook*. Third Edition, New York: IRPA-IILJ, 2012; KINGSBURY, Benedict; KRISCH Nico; and STEWART, Richard B. *The Emergence of Global Administrative Law*. V. 68 *Law and Contemporary Problems* 15, 2005. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=lcp>; CASSESE, Sabino. *La Globalización...*, cit., 2006; CHITI, Edoardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio. *Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relationships, Legal Issues and Comparison*, New York: Springer, 2011.

<sup>1489</sup> RUFFERT, Matthias; STEINECKE, Sebastian. *The Global...*, cit., 2011, p. 18.

<sup>1490</sup> Segundo Cassese, “O corpo do direito global está longe de ser unitário”. CASSESE, S. *Administrative Law...*, cit., 2004, p. 670.

<sup>1491</sup> Nesse sentido, afirmam Krisch e Kingsbury que “Reguladores se juntam em instituições globais e definem padrões, que depois são adotados dentro de suas atribuições internas; e indivíduos ou entidades privadas que são, muitas vezes, os reais destinatários desses padrões globais os seguem, mesmo que o regulador que tenha se encarregado não pratique o ato formal de adoção desses padrões”. KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. *Introdução: governança...*, cit., set./dez. 2012, pp. 13-32.

No ordenamento jurídico global duas funções têm se desenvolvido com maior destaque: a função normativa e a função jurisdicional. No que tange à regulamentação, o sistema jurídico global, afirma Cassese, tem alcançado uma complexidade muito superior àquela vista internamente. No plano superior desse sistema normativo se encontram os princípios constitucionais ou fundamentais, que se extraem das tradições nacionais.<sup>1492</sup>

O *global administrative space* é fruto de uma formação paulatina e fragmentária de um espaço administrativo pleno que surge por meio de vastas interações entre inúmeros e diferentes atores enredados na teia que se convencionou chamar de *global regulatory governance*, que abrange os mais diversos *agentes*<sup>1493</sup>, tais como organismos internacionais (formais e informais)<sup>1494</sup><sup>1495</sup>, redes transnacionais, entidades estatais (autoridades regulatórias internas), organizações não governamentais, pessoas naturais ou jurídicas e outros grupos ou representantes de interesses sociais e econômicos, seja no domínio interno, internacional ou mesmo global.<sup>1496</sup>

Percebe-se que esse *novo direito* assume um *núcleo constitucional*<sup>1497</sup> e se caracteriza também pela heterogeneidade, buscando suas influências nos diferentes sistemas jurídico-administrativos nacionais para criar realidades novas, equívocas e próprias, baseadas menos na supremacia do interesse público sobre o particular e mais na igualdade entre administração e administrados. Não é difícil imaginar que o conjunto de

---

<sup>1492</sup> Cassese faz referência o art. 38 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça. Órgão da ONU, que faz referência aos “princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas”, enquanto que o art. 6.2 do Tratado da União Europeia faz referência aos “Direitos fundamentais (...) tal como resultam das tradições constitucionais dos Estados membros”. CASSESE, Sabino. *La Globalización...*, cit., 2006, p. 25.

<sup>1493</sup> Podem ser citados como exemplos as decisões do Conselho de Segurança da ONU nas sanções individuais; a elaboração de normas do Banco Mundial para os países em desenvolvimento; o controle da prática de lavagem de dinheiro pelas ações da *Financial Task Force*; ou decisões administrativas internas no mercado de acesso, sobre os produtos estrangeiros, inseridas no regime da OMC. Conforme KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. *Introdução: governança...*, cit., set./dez. 2012, pp. 13-32.

<sup>1494</sup> Cassese ressalta a diferença entre os ordenamentos jurídicos regidos por uma autoridade superior e aqueles fundados na cooperação, como ocorre no espaço jurídico global, dizendo que o sistema mundial não é uniforme, mas diferenciado, pois apresenta áreas – setoriais e geográficas – com alto grau de institucionalização e outras áreas onde tal institucionalização é muito limitada. CASSESE, Sabino. *La Globalización...*, cit., 2006, p. 13.

<sup>1495</sup> Ruffert e Steinecke, destacam que nos últimos tempos o papel das organizações internacionais como instituições normativas a nível global (e regional) tornou-se evidente e até vigoroso. RUFFERT, Matthias; STEINECKE, Sebastian. *The Global...*, cit., 2011, p. 103.

<sup>1496</sup> KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; and STEWART, Richard B. *The Emergence...*, cit., 2005, pp. 15-61. No mesmo sentido: MUCHLINSKI, Peter Thomas. *Globalisation and Legal Research*. In *The International Lawyer*, Vol. 37, nº 01, 2003, pp. 221-240; CASSESE, Sabino. *La Globalización...*, cit., 2006, p. 17; BELLIS, Maurizia de. *Global Financial Standards and Networks: the Global Administrative Law Perspective*. In *Revista de Derecho Público*, nº 30, Enero – Junio de 2013.

<sup>1497</sup> Conforme RUFFERT, Matthias; STEINECKE, Sebastian. *The Global...*, cit., 2011, pp. 27-28.

normas designado *global administrative law* por vezes entrará em conflito com o direito administrativo interno, decorrendo daí a necessidade de serem criados mecanismos para designar o direito aplicável em cada caso e restabelecer a harmonia jurídica, quando necessário.

No âmbito desse novo espaço jurídico a análise da mera formação de regras é insuficiente e deve ser completada pela identificação de instrumentos distintivos de implementação e gestão. Isso também se aplica à perspectiva da governança global, que se concentra nas estruturas regulatórias (incluindo a implementação e gestão) em vez de instituições ou regras únicas. No entanto, do ponto de vista teórico é ainda pouco claro como os procedimentos de regulamentação<sup>1498</sup> e seus resultados estão ligados a mecanismos de implementação de procedimentos ou de gestão eficaz.<sup>1499</sup> Não obstante, há uma clara tendência para a criação em nível global de mecanismos de participação e *accountability*, sendo certo que a *transparência*, a *participação* e a *revisão* são elementos centrais em todos eles.<sup>15001501</sup>

O principal objetivo do *global administrative law* é dinamizar as relações jurídicas entre Estados e outras entidades e instituições, propiciando com isso um cenário de cooperação entre esses vários e diferentes agentes<sup>1502</sup>. Por isso, deve fundar suas raízes nas ideias de democracia e de estado de direito, isto é, no poder do povo no exercício de sua soberania e na estrutura jurídica definidora desse poder, que é interna ao Estado, e que deverá respeitar como valores mais importantes as liberdades civis, os direitos humanos e as garantias fundamentais; numa palavra: a proteção jurídica dos direitos fundamentais.<sup>1503</sup>

---

<sup>1498</sup> Destacam Ruffert e Steinecke que são inúmeros os instrumentos de regulamentação utilizados no âmbito do Direito Administrativo Global, tais como tratados internacionais, contratos e regulamentos. Segundo esses autores “o instrumento central da regulamentação consensual é, naturalmente, o tratado internacional”. Não obstante, em algumas instituições, “as organizações internacionais estão concluindo contratos com instituições de pesquisa dentro ou fora das universidades. Este é um método particular de patrocínio de investigação dentro da União Europeia”. RUFFERT, Matthias; STEINECKE, Sebastian. *The Global...*, cit., 2011, pp. 101-111.

<sup>1499</sup> RUFFERT, Matthias; STEINECKE, Sebastian. *The Global...*, cit., 2011, pp. 89-90.

<sup>1500</sup> KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. *Introdução: governança...*, cit., set./dez. 2012, pp. 13-32.

<sup>1501</sup> No mesmo sentido: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; IGNACIO HERNÁNDEZ, José. *El Derecho...*, cit.

<sup>1502</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; IGNACIO HERNÁNDEZ, José. *El Derecho...*, cit.

<sup>1503</sup> HARLOW, Carol. *Global Administrative Law: The Quest...*, cit.

### 4.3. O *administrative constitutionalism* e o resgate da normatividade constitucional para a Administração Pública

Em linha de conexão, o estudo da eficácia dos direitos fundamentais, para os objetivos propostos nesta investigação, reforça a necessidade de “resgatar a Constituição para a Administração Pública”<sup>1504</sup>, isto é, de fazer uma releitura do direito administrativo – de suas regras e princípios – à luz das normas constitucionais, de modo a “insuflar um novo fôlego às exigências de sentido emergentes do princípio da constitucionalidade e da própria subordinação administrativa” a tal princípio.<sup>1505</sup> Alguns chamam esse *paradigma* constitucional de *neoconstitucionalismo*<sup>1506</sup>, movimento dogmático que consagra “a onipresença da Constituição nos demais ramos jurídicos”<sup>1507</sup>, em especial no direito administrativo, em que “a *relação jurídica administrativa* resulta da Constituição”<sup>1508</sup>. Portanto, o direito administrativo global – e também o direito administrativo interno – atualmente devem se fundar em *núcleo constitucional*, cujos valores mais importantes devem estar orientados à concretização de direitos fundamentais.<sup>1509</sup><sup>1510</sup>

No direito administrativo interno, portanto, também deve haver uma superposição das normas constitucionais às relações jurídicas que decorrem da atividade administrativa.<sup>1511</sup> Tal imposição normativa tem por pressuposto garantir a compatibilidade

---

<sup>1504</sup> Nesse sentido: MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O Administrative Constitutionalism: resgatar a Constituição para a Administração Pública*. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Volume IV, *Stvdia Ivridica*, 105, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 387-420.

<sup>1505</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O Administrative...*, cit., 2012, pp. 387-420.

<sup>1506</sup> Conforme, entre tantos: GUASTINI, R. *La costituzionalizzazione dell'ordinamento italiano*. R. P., nº 11, 1998, p. 184 e ss.; CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2003, p. 4 e ss.

<sup>1507</sup> RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004, p. 45.

<sup>1508</sup> E é assim, afirma Cabral de Moncada, “porque a dependência do direito administrativo relativamente ao direito constitucional é hoje uma evidência”. MONCADA, Luís S. Cabral de. *A relação...*, cit., 2009, p. 24.

<sup>1509</sup> Em sentido semelhante, RUFFERT, Matthias; STEINECKE, Sebastian. *The Global...*, cit., 2011, p. 29.

<sup>1510</sup> Para Gustavo Binenbojm, “As ideias de *direitos fundamentais e democracia* representam as duas maiores conquistas da moralidade política em todos os tempos. Não à toa, representando a expressão jurídico-política de valores basilares da civilização ocidental, como liberdade, igualdade e segurança, direitos fundamentais e democracia apresentam-se, simultaneamente, como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado democrático de direito. Assim, toda a discussão sobre *o que é, para que serve e qual a origem* da autoridade do Estado e do direito converge, na atualidade, para as relações entre a teoria dos direitos fundamentais e a teoria democrática”. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, 2ª edição, São Paulo: Renovar, 2008, p. 49.

<sup>1511</sup> A constitucionalização do direito administrativo é atualmente pesquisada no Brasil por farta doutrina, a exemplo de: BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; ÁVILA, Humberto

entre a ação administrativa, muitas vezes distinguida de outras condutas por princípios específicos, com o disposto na Lei Maior, exigindo-se a partir daí uma nova interpretação da função administrativa e do próprio poder administrativo, a fim de adequá-los à Constituição. Essa tendência tem sido nomeada por alguns como *administrative constitutionalism*<sup>1512</sup> e segue a ideia de determinação do direito administrativo pelo direito constitucional, isto é, que o direito administrativo – além de outros ramos do direito – passe por uma constante *constitucionalização*<sup>15131514</sup>, em consonância com o que Werner afirmara há várias décadas, ao sustentar que “o direito administrativo é o direito constitucional concretizado”.<sup>1515</sup>

O *administrative constitutionalism* clama por espaço designadamente porque o direito administrativo do século XXI não mais se restringe ao estudo da Administração Pública e de suas relações com os administrados, num ambiente de hierarquia e subordinação entre estes e aquela. Esse direito administrativo já não existe mais ou, em hipótese menos radical, vem sendo paulatinamente substituído pelo direito administrativo global antes referenciado, menos institucional e orgânico, e que deve ser interpretado e concretizado à luz das normas constitucionais e de direito internacional. Os marcos constitucionais dos direitos fundamentais e da democracia, afirma Gustavo Binbenjón, possuem agora um papel decisivo no delineamento dos novos paradigmas do direito administrativo. Numa palavra, a constitucionalização do direito administrativo reclama “a passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico”.<sup>1516</sup>

---

Bergmann. *Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O direito público em tempo de crise: estudos em homenagem a Rui Rubem Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999; BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado, nº 9, março/abril/maio 2007, Salvador; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, 2ª edição, São Paulo: Renovar, 2008.

<sup>1512</sup> Segundo Moniz, “O *constitucionalismo administrativo* constitui uma particular expressão do princípio da constitucionalidade da Administração, que, no seio da doutrina anglo-saxónica (em especial, norteamericana), defende o *acesso direto* à Constituição pela Administração, cometendo a esta última *responsabilidades activas* no que tange à interpretação e implementação dos princípios e imperativos constitucionais.” MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O Administrative...*, cit., 2012, pp. 387-420.

<sup>1513</sup> RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. *El control...*, cit., 2004, p. 45.

<sup>1514</sup> Para Cabral de Moncada, “A Constituição, ao fazer da Administração um agente de transformações, põe-a em contacto permanente com o todo social”. MONCADA, Luís S. Cabral de. *A relação...*, 2009, p. 26.

<sup>1515</sup> WERNER, Fritz. *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*. In: *Recht und Gericht in unserer Zeit: Reden, Vorträge, Aufsätze 1948-1969*. Köln: Carl Heymans Verlag, 1971.

<sup>1516</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, 2ª edição, São Paulo: Renovar, 2008, p. 69.

Para Ana Raquel Gonçalves Moniz, o momento mais importante dentro do contexto do *administrative constitutionalism* é a *constitutional implementation* que, em primeira linha, será alcançada com o necessário respeito que as medidas administrativas devem ter pela Constituição, a considerar, quanto a isso, que a Administração está numa posição privilegiada para, dentro de seu espaço de discricionariedade, adotar apenas soluções que com ela se compatibilizem. Há ainda uma segunda dimensão da *constitutional implementation* a sinalizar que além do dever de respeitar a Constituição, impedindo a violação de normas constitucionais (acepção negativa), o *administrative constitutionalism* exige uma postura positiva consubstanciada no dever da Administração de concretizar as opções constitucionais (*constitutional enforcement*).<sup>1517</sup> Daí porque a inatividade formal da Administração que viola a ordem jurídica, em especial as normas constitucionais, deve ser reconhecida não como uma conduta normal e aceitável, mas como verdadeira afronta à ordem constitucional.

A partir dessa argumentação, é possível assentar que deve haver uma “*impregnação* da atividade administrativa pelos princípios e regras da Constituição”<sup>1518</sup>, ou seja, a Administração Pública deve executar suas atividades de acordo com o disposto na Constituição e, para além disso, atuar ativamente para a consecução dos objetivos previstos na Lei Maior. Nessa perspectiva, tem-se que a inatividade normativa da Administração que contraria normas constitucionais é conduta que fere de morte a nova dogmática do constitucionalismo administrativo, sobretudo por possuir aptidão para subtrair direitos fundamentais dos administrados, como não raro ocorre no cenário jurídico brasileiro.

Daí a relevância de promover a partir de agora o estudo dos principais contornos da teoria dos direitos fundamentais, haja vista a carga vinculativa que destes resulta relativamente ao agir administrativo, bem como pelo fato de ser um dever jurídico do administrador criar as condições necessárias para a fruição de tais direitos pelo administrado. Tal estudo, frise-se, não pretende – nem poderia – nem de longe esgotar tema cuja vastidão e complexidade não encontram limites. A ideia é apenas retratar os aspectos mais importantes dos *direitos fundamentais*<sup>1519</sup> que se relacionam, direta ou

---

<sup>1517</sup> MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O Administrative...*, cit., 2012, pp. 387-420.

<sup>1518</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria...*, cit., 2008, p. 69.

<sup>1519</sup> Por direitos fundamentais entenda-se “os direitos ou as posições jurídicas activas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição”. MIRANDA, Jorge. *Manual de...*, T. IV, cit., 2008, p. 9; Para José de Melo Alexandrino, o conceito de direitos fundamentais “exprime as



indiretamente, com os objetivos nucleares da presente pesquisa, como, por exemplo, a eficácia desses direitos e a vinculação que deles emana à Administração Pública.

#### **4.4. A relação entre os direitos fundamentais e a Administração Pública: aspectos preparatórios**

Qualquer estudo que pretenda retratar minimamente os direitos fundamentais deve ter o cuidado de registrar desde logo sua heterogeneidade, ambiguidade e conseqüentemente sobre a ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica sobre tais direitos. Com efeito, os direitos fundamentais são tratados tanto na doutrina quanto no direito positivo (na esfera nacional e internacional) por meio de outras expressões largamente utilizadas, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”, entre outras<sup>15201521</sup>. A *escolha* pela expressão “direitos fundamentais” na presente investigação se baseia na opção adotada pela Constituição de 1988, cujo Título II faz referência aos “Direitos e Garantias Fundamentais”.<sup>15221523</sup>

---

concretas posições subjectivas de vantagem reconhecidas ao sujeito sob uma norma jusfundamental”. ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2006, p. 34 e ss.

<sup>1520</sup> Conforme leciona SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 27; em sentido semelhante, ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação...*, cit., 2006, p. 34 e ss.

<sup>1521</sup> Canotilho, ao buscar uma precisão terminológica, registra várias classificações dos direitos fundamentais: direitos do homem e direitos fundamentais, direitos do homem e direitos do cidadão, direitos naturais e direitos civis, direitos civis e liberdades ou direitos políticos, direitos e liberdades públicas etc. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 393 e ss.; em sentido semelhante, MIRANDA, Jorge. *Manual de...*, T. IV, cit., 2008, p. 14 e ss.

<sup>1522</sup> Registre-se que a expressão “direitos fundamentais” utilizada pela Carta de 1988 rompeu com a tradição do direito constitucional positivo brasileiro, que até então utilizava outras expressões, como: “Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros” (Constituição de 1824); “Declaração de Direitos” (Constituição de 1891); “Direitos e Garantias Individuais” (Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967). Além disso, a expressão “direitos fundamentais”, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, foi inspirada na Lei Fundamental da Alemanha, de 1949, e na Constituição Portuguesa de 1976. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia...*, cit., 2009, p. 28.

<sup>1523</sup> Sobre tema tão amplo e complexo consultar, entre outros: ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2002; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos...*, cit., 2004; ALEXY, Robert. *Constitucionalismo...*, cit., 2007; ALEXY, Robert. *Teoria...*, cit., 2008; CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo*, Madri: Trotta, 2003; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003; COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2003; DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., 2002; HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. Sociedade Aberta dos Intérpretes da*

Num plano histórico-evolutivo, os direitos fundamentais, desde o seu reconhecimento nas primeiras constituições, passaram por diversas transformações em relação ao conteúdo e também à sua titularidade, eficácia e efetivação. Costuma-se, neste contexto, mencionar sobre a existência de três *gerações* de direitos, havendo mesmo quem chegue a referir uma quarta ou até mesmo a uma quinta geração<sup>1524</sup>. Sobre tal abordagem, registre-se que há inúmeras críticas doutrinárias quanto ao uso do vocábulo “gerações”. De fato, tal expressão é imprópria e equívoca, pois induz a falsa ideia de que, ao longo do tempo, houve uma substituição gradativa de uma geração de direitos fundamentais por outra, o que evidentemente não é verdade<sup>1525</sup>. Diferentemente, o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais, ensina Sarlet, “tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância”. Nesse contexto, a doutrina especializada tem preferido o termo “dimensões”<sup>1526</sup> ao vocábulo “gerações”<sup>1527</sup>, por sua vantagem lógica e qualitativa.

Do ponto de vista do direito constitucional positivo, os direitos fundamentais, segundo a opção do legislador constituinte de 1987/1988, estão espalhados por inúmeros dispositivos da Carta de 1988, a começar com o Título II, antes referenciado, que engloba genericamente várias espécies de direitos fundamentais, a saber: a) os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I); b) os direitos sociais (Capítulo II); c) os direitos da nacionalidade e políticos (Capítulos III, IV e V).

Os direitos fundamentais, como é possível notar, seguem um conceito materialmente aberto no direito constitucional positivo brasileiro, pois a regra do art. 5º, §

---

*Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997; PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2011; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, cit., 2009; BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000; NOVELINO, Marcelo. *Direito...*, cit., 2008; SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002; JIMÉNEZ CAMPO, J. *Derechos fundamentales (concepto y garantías)*. Madrid: Trotta, 1999; MIRANDA, Jorge. *Manual...*, Tomo IV, cit., 2008.

<sup>1524</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 524; NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2.ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008, p. 229; SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.302.

<sup>1525</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 258.

<sup>1526</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, cit., 2009, p. 45.

<sup>1527</sup> Paulo Bonavides faz referência ao vocábulo “gerações”, explicando, todavia, que tal não significa uma simples alternância de direitos conquistados. BONAVIDES, Paulo. *Curso...*, cit., 2015, p. 574 e ss.

2º<sup>1528</sup>, da Constituição de 1988 traduz a concepção de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que em razão de seu conteúdo e substância, e só por isso, já pertencem ao “corpo fundamental de um Estado, mesmo não constando do catálogo”<sup>1529</sup><sup>1530</sup>, caracterizando-se como “direitos fundamentais dispersos”<sup>1531</sup>. A propósito, o STF já declarou em algumas oportunidades a existência de direitos fundamentais para além do elenco que consta do Título II da Constituição.<sup>1532</sup> Jorge Miranda chama a atenção para a *abertura* de novos direitos fundamentais, ao afirmar que tais direitos não são apenas aqueles anunciados formalmente por normas constitucionais: “são ou podem ser também direitos provenientes de outras fontes, na perspectiva mais ampla da Constituição material”.<sup>1533</sup><sup>1534</sup>

Embora possam ser encontrados em outros diplomas, os direitos fundamentais necessitam de uma positivação jurídica, mas não uma positivação qualquer, pois é necessário “assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes do direito: as normas constitucionais”<sup>1535</sup>, caso contrário, isto é, sem essa especial afirmação, ensina Canotilho, “os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos ou, até por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos, sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*Grundrechtsnormen*)”.<sup>1536</sup>

Os direitos fundamentais, na lição de Vieira de Andrade, podem ser considerados por diversas perspectivas: numa concepção filosófica ou jusnaturalista, podem ser reconhecidos como direitos naturais de todos os seres humanos, em todos os tempos e lugares; numa perspectiva constitucional, os direitos fundamentais podem ser compreendidos como os direitos mais importantes das pessoas, num determinado tempo e

---

<sup>1528</sup> CF/1988, Art. 5º (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>1529</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, cit., 2009, pp. 78/79.

<sup>1530</sup> CF/1988, art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

<sup>1531</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 405.

<sup>1532</sup> STF, ADI n. 939-7, Rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, Julgamento: 15.12.1993.

<sup>1533</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de...*, t. IV, cit., 2008, p. 176.

<sup>1534</sup> A abertura do sistema *jusfundamental*, segundo José de Melo Alexandrino, pode ser definida “por todo o conjunto de fenómenos e realidades por intermédio dos quais possam vir a ser criados, revelados, alargados ou ampliados outros direitos fundamentais”. ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2006, p. 374.

<sup>1535</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 377.

<sup>1536</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 377.

lugar; podem ainda ser considerados, agora numa perspectiva universalista ou internacionalista, direitos essenciais das pessoas num certo tempo, em todos os lugares ou, pelo menos, em grandes regiões do mundo.<sup>1537</sup><sup>1538</sup><sup>1539</sup> Tais perspectivas retratam “círculos de direitos que não são coincidentes, mas tendem a ser concêntricos: o mais vasto seria então o círculo dos direitos constitucionais e o mais restrito seria o dos direitos naturais”<sup>1540</sup>.

Dentre as várias funções dos direitos fundamentais reconhecidas pela doutrina especializada, uma ganha especial relevo nesta investigação: a função de *prestação social*<sup>1541</sup>, que reconhece ao particular o direito de obter alguma providência por meio do Estado<sup>1542</sup>, isto é, o direito de exigir do poder público prestações ou comportamentos positivos.<sup>1543</sup> Se a fruição de algum direito depende, por exemplo, da atuação normativa da Administração Pública, parece inequívoco que a inatividade administrativa injustificada, neste caso, viola frontalmente a Constituição (ou, em algumas hipóteses, a própria lei).

Robert Alexy, no capítulo 2 de sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, afirma que entre o conceito de *norma de direito fundamental* e o conceito de *direito fundamental* há estreitas ligações, pois sempre que alguém tem um direito fundamental, há uma norma que garante tal direito. Já não se pode afirmar o contrário, pois há normas de direitos fundamentais que não outorgam direitos subjetivos<sup>1544</sup>. O autor alemão, após longa explanação sobre o conceito semântico de norma e também sobre sua validade, apresenta uma definição geral, afirmando que as normas de direitos fundamentais são aquelas para as

---

<sup>1537</sup> Conforme lição de ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos...*, cit., 2009, p. 17.

<sup>1538</sup> Robert Alexy inaugura sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais afirmando exatamente que sobre os direitos fundamentais é possível formular teorias das mais variadas espécies, citando três exemplos: “Teorias históricas, que explicam o desenvolvimento dos direitos fundamentais, teorias filosóficas, que se empenham em esclarecer seus fundamentos, e teorias sociológicas, sobre a função dos direitos fundamentais no sistema social.”. ALEXY, Robert. *Teoria...*, cit., 2011, p. 31.

<sup>1539</sup> Em sentido semelhante, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 380 e ss.

<sup>1540</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos...*, cit., 2009, p. 38.

<sup>1541</sup> Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 408.

<sup>1542</sup> Para Canotilho os direitos fundamentais apresentam as seguintes funções: a) A primeira “a defesa de pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos”); a segunda seria a função de prestação social, pela qual “os direitos a prestações significam, em sentido estrito, direito do particular a obter algo através do Estado”; a terceira seria a função de proteção perante terceiros, pois “muitos direitos impõem um dever ao Estado (poderes públicos) no sentido de proteger perante terceiros os titulares de direitos fundamentais”, por fim, a quarta seria a função de não discriminação, pois aos direitos fundamentais cabe “assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, pp. 407-410.

<sup>1543</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de...*, t. IV, cit., 2008, p. 90.

<sup>1544</sup> ALEXY, Robert. *Teoria...*, cit., 2011, p. 50.

quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais”, ao passo que direitos fundamentais são direitos subjetivos assim reconhecidos, conferidos a alguém por determinada norma constitucional.<sup>1545</sup> Para Jorge Miranda, fundamentais, portanto, são os direitos das pessoas frente ao Estado, consagrados na Constituição.<sup>1546</sup>

A teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Alexy se funda na distinção entre regras e princípios<sup>1547</sup>, sem a qual, afirma o autor, não pode haver uma proposição adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre as colisões normativas, e sequer uma construção teórica suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Portanto, “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”<sup>1548</sup><sup>1549</sup>. E é assim porque aos direitos fundamentais, sejam eles decorrentes de regras ou princípios, deve-se sempre reconhecer conteúdo normativo, diferentemente da concepção vigente na fase de ouro do positivismo jurídico, em que os princípios constitucionais eram enquadrados em um plano normativo *secundário*, de caráter subsidiário, com utilização apenas nos casos de “vazio normativo”<sup>1550</sup> que dificultasse a aplicação do Direito.

---

<sup>1545</sup> ALEXY, Robert. *Teoria...*, cit., 2011, pp. 76-77.

<sup>1546</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de...*, cit., 1998, p. 50.

<sup>1547</sup> Quando se fala sobre as diferenças entre princípios e regras, além do estudo de Robert Alexy, obrigatória também a remissão à doutrina de Ronald Dworkin, que apresentou importante contributo acerca desse espinhoso tema. Para Dworkin, os princípios apresentam uma grandeza de peso que falta às regras, de modo que a solução para eventuais conflitos de normas sempre passará pela valoração acerca do peso das normas envolvidas no caso concreto. Há, pois, dois tipos de normas, as regras (*rules*) e os princípios (*principles*). Estes, segundo Dworkin, são mandamentos que deverão ser observados, não porque assegurem situações econômicas, sociais ou políticas consideradas desejáveis, mas por traduzirem uma exigência da justiça, da equidade ou da moralidade. DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., 2002, p. 114.

<sup>1548</sup> ALEXY, Robert. *Teoria...*, cit., 2011, p. 85.

<sup>1549</sup> Alexy, após mencionar os critérios atualmente existentes para se distinguir regras de princípios, defende que a tese que entende adequada é aquela que “sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença *qualitativa*”. Em consequência, o ponto decisivo para a adequada distinção entre regras e princípios é que “os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio”. ALEXY, Robert. *Teoria...*, cit., 2011, p. 90.

<sup>1550</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª edição, São Paulo: Malheiros, 1997, p. 235.

Atualmente, grande parte dos autores que se debruçam sobre o tema dos direitos fundamentais faz referência à existência de uma dupla dimensão ou dupla natureza desses direitos: a dimensão subjetiva e a dimensão objetiva<sup>1551</sup>. Por meio da análise aprofundada dessa dupla dimensão é possível compreender que os preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser compreendidos apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem (dimensão subjetiva); antes, tais direitos valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou objetivos que esta propõe alcançar, sobretudo por meio da atuação estatal (dimensão objetiva).<sup>15521553</sup>

Ao analisar os direitos fundamentais como direitos subjetivos, Alexy define um sistema de posições jurídicas fundamentais, explicando que a base da teoria analítica dos direitos fundamentais é uma tríplice divisão das posições que devem ser designadas como direitos da seguinte forma: 1) direitos a algo (pretensão); 2) liberdades; e 3) competências.<sup>1554</sup>

Dessa classificação, os *direitos a algo*, expressão até certo ponto vaga e que poderia ser substituída simplesmente por *direitos subjetivos (em sentido estrito)*<sup>1555</sup>, ganham relevo os direitos fundamentais a ações positivas, que são os direitos que o cidadão possui em desfavor do Estado, de exigir uma ação fática ou uma ação

---

<sup>1551</sup> Como, por exemplo, BOCKENFORDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 96; e ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos...*, cit., 2009, p. 109, entre outros.

<sup>1552</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos...*, cit., 2009, p. 109.

<sup>1553</sup> O Prof. Vieira de Andrade detalha a distinção da seguinte forma “Por um lado, no âmbito de cada um dos direitos fundamentais, em volta deles ou nas relações entre eles, os preceitos constitucionais determinam espaços normativos, preenchidos por valores ou interesses humanos afirmados como bases objectivas de ordenação da vida social. Por outro lado, a dimensão objectiva também é pensada como estrutura produtora de efeitos jurídicos, enquanto complemento e suplemento da dimensão subjectiva, na medida em que se retiram dos preceitos constitucionais efeitos que não se reconduzem totalmente às posições jurídicas subjectivas que reconhecem, ou se estabelecem deveres e obrigações, normalmente para o Estado, sem a correspondente atribuição de “direitos” aos indivíduos. A dimensão objectiva reforçaria, assim, a imperatividade dos “direitos” individuais e alargaria a sua influência normativa no ordenamento jurídico e na vida da sociedade”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos...*, cit., 2009, p. 109.

<sup>1554</sup> ALEXY, Robert. *Teoria...*, cit., 2011, p. 193.

<sup>1555</sup> Para Walter Krebs, os direitos fundamentais retratam autênticos direitos subjetivos, e, como tais, possibilitam a seus destinatários a capacidade de impor os seus interesses em desfavor dos órgãos e entidades definidos pela norma jurídica como responsáveis por sua concretização. KREBS, Walter. *Freiheitsschutz durch Grundrechte*, in JURA, 1988, p. 617 e ss; no mesmo sentido, entre outros: ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação...*, cit., 2006, p. 34 e ss.

normativa<sup>15561557</sup>. O direito a exigir uma ação fática não nos interessa na presente investigação; o direito a uma prestação normativa, ao contrário, está relacionado ao núcleo desta pesquisa e por isso exige maior desdobramento.

Com efeito, os direitos fundamentais materializam direitos subjetivos e, como tais, municiam seus destinatários com o poder de impor seus interesses juridicamente protegidos ao próprio Estado. Nessa linha, se há um direito subjetivo do particular em face da Administração e esta, por sua negligência, não expede o regulamento necessário à fruição de tal direito, não há como negar o liame causal entre o eventual dano experimentado pelo particular e a inatividade administrativa geradora do dano. Para que tal ocorra, faz-se necessário que haja um comando-regra ou comando-princípio a exigir a atuação administrativa e, para além disso, a inatividade administrativa formal seja a causa para a não fruição de um direito fundamental ou mesmo para impedir a concessão de algum outro direito ao administrado.

Os direitos fundamentais a ações positivas de caráter formal, ainda segundo o magistério de Alexy, são direitos a atos estatais *emanadores* de normas. Tais direitos devem ser designados também como direitos a prestações, mas em sentido amplo<sup>1558</sup>. Assim, se a concretização de um direito fundamental estiver condicionada à expedição de um regulamento administrativo, é da própria *essência* desse direito a ordem vinculativa endereçada à Administração para que expeça a norma reclamada. Em consequência, o descumprimento da ordem vinculante emanada de algum direito fundamental torna a inatividade formal injustificada da Administração um comportamento ilícito.

---

<sup>1556</sup> O direito subjetivo, conforme Pereira, abrange “o poder de ação contido na norma, a faculdade de exercer em favor do indivíduo o comando emanado do Estado, definindo-se *ius est facultas agendi*. Assim também, entre outros, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I, 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 10; ainda acerca do direito subjetivo, Pontes de Miranda, em rica lição, destaca que o direito subjetivo não é uma faculdade, mas que, diferentemente, *contém uma faculdade*. Segundo sua tradicional doutrina, “o direito subjetivo é o poder jurídico de ter a faculdade. A faculdade é fática, é meio fático para a satisfação de interesses humanos; o direito subjetivo é jurídico, é meio jurídico para a satisfação desses interesses. Na ilha deserta, sem ordenamento jurídico, o naufrago dá a outro naufrago o fruto que colher; não doa. Doação é categoria jurídica. Se esse naufrago diz a outro que encontrou caverna, em que poderiam, sem perigo, dormir, não fez nenhuma declaração de vontade que o obrigue a irem os dois dormir na caverna. Há, aí, faculdade, e não há direito subjetivo. Não há direito subjetivo sem regra jurídica (direito objetivo), que incida sobre suporte fático tido por ela mesma como suficiente. Portanto, é erro dizer-se que os direitos subjetivos existiram antes do direito objetivo; e ainda o é afirma-se que foram simultâneos. A regra jurídica é *PRIUS*, ainda quando tenha nascido no momento de se formar o primeiro direito subjetivo”. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral*. Tomo V. Atualização: Vilson Rodrigues Alves. 1ª Edição. Campinas: Bookseller, 2000, p. 271.

<sup>1557</sup> ALEXY, Robert. *Teoria...*, cit., 2011, p. 202.

<sup>1558</sup> ALEXY, Robert. *Teoria...*, cit., 2011, pp. 202-203.

Por fim, questão das mais complexas no plano dos direitos fundamentais é a interminável discussão sobre a eficácia e efetividade de tais direitos<sup>1559</sup>. No direito positivo brasileiro, estabelece textualmente o art. 5º, § 1º da Carta de 1988 que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”<sup>1560</sup>. Tal dispositivo, segundo a doutrina especializada, exclui, ao menos em princípio, o cunho programático desses preceitos, conquanto não exista consenso do real alcance de tal previsão.<sup>1561</sup>

Vieira de Andrade explica que as expressões *aplicabilidade direta* e *exequibilidade imediata* não são equivalentes. Para o autor português, “os problemas surgem no que respeita à generalidade dos direitos, liberdades e garantias, desde logo para aqueles direitos cujo exercício efectivo está necessariamente dependente de uma regulação complementar, de uma organização ou de um procedimento”<sup>1562</sup>. Essa aplicabilidade direta também é realçada pelo Professor Canotilho, sob o fundamento de que tais direitos (também as liberdades e garantias) são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e atuais, por via direta da Constituição e não através da *auctoritas interpositivo* do legislador. Portanto, “Não são simples *norma normarum* mas *norma normata*, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas diretamente reguladoras de relações jurídico-materiais”<sup>1563</sup><sup>1564</sup>. Assim, se no passado o exercício dos direitos fundamentais dependia da sua regulamentação, atualmente as normas constitucionais adstringem os comportamentos de todos os órgãos e agentes do Estado e

---

<sup>1559</sup> Segundo Luís Roberto Barroso, atualmente ministro do STF, “a eficácia refere-se à aptidão, à idoneidade do ato para a produção de seus efeitos” enquanto a efetividade significa a própria “realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o ser da realidade social.” BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição, 1993, 79 e ss.

<sup>1560</sup> Paulo Otero afirma que as normas sobre direitos fundamentais gozam de aplicabilidade direta, sendo esta, aliás, “uma das manifestações da sua eficácia reforçada”. OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Vol. I, Coimbra: Almedina, 2009, p. 590.

<sup>1561</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...*, cit., 2009, p. 66.

<sup>1562</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos...*, cit., 2009, p. 197.

<sup>1563</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 438.

<sup>1564</sup> Adverte Jorge Miranda que “nem todas as normas sobre direitos, liberdades e garantias são imediatamente exequíveis. (...) Mas tanto as normas preceptivas não exequíveis como as programáticas são também, em certo sentido, directamente aplicáveis”. MIRANDA, Jorge. *Manual de...*, Tomo IV, cit., 2008, p. 289.



conformam as suas relações com os cidadãos sem a necessidade de *mediatização* legislativa.<sup>1565</sup>

Além da aplicabilidade imediata reconhecida pelo próprio texto constitucional brasileiro, há ainda um outro efeito propagado pelos direitos fundamentais que interessa em particular a esta investigação: a vinculação das entidades públicas a tais direitos, circunstância que acaba por materializar um *reforço* às garantias dos administrados<sup>1566</sup>, por exigir, ao menos em tese, uma atuação administrativa diligente e direcionada à concretização dos direitos previstos especialmente no texto constitucional.

#### 4.4.1. A vinculação do administrador público aos direitos fundamentais

Em tópicos antecedentes foi feita uma análise sobre o *global administrative law*, bem como sobre a corrente doutrinária do *administrative constitutionalism*, connexionando-os em seguida ao estudo dos direitos fundamentais e sua eficácia. Nesse contexto, agora chega o momento de unir tais premissas para sustentar a vinculação do administrador público ao dever de expedir regulamentos administrativos cuja falta inviabilize o exercício de direitos por parte dos administrados.

A doutrina do *global administrative law*, como visto, traz à tona a ideia de existência de novas fontes normativas distintas e difusas, que têm por aptidão se sobrepor ao direito administrativo interno, quando necessário à solução de demandas no âmbito desse espaço jurídico universal. Essa *nova ordem jurídica* deve observar, em menor ou maior escala, as normas constitucionais e internacionais, sobretudo as de natureza principiológica e em especial aquelas que zelam pelos direitos fundamentais. Os princípios constitucionais, sobretudo aqueles que materializam direitos fundamentais, não devem orientar apenas o *espaço jurídico internacional*, mas, antes – e com maior razão –, o direito administrativo interno, isto é, a atividade administrativa do Estado. Os direitos fundamentais, pois, devem atuar como limite às intervenções administrativas, guiando o

---

<sup>1565</sup> Conforme MIRANDA, Jorge. *Manual de...*, Tomo IV, cit., 2008, p. 287.

<sup>1566</sup> As garantias dos administrados “podem ser definidas genericamente como os meios ou instrumentos criados pela ordem jurídica, tendo como finalidade directa evitar ou sancionar a violação dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares pela Administração Pública”. CORREIA, Fernando Alves. *Alguns Conceitos de Direito Administrativo*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2001, p. 53.

exercício da discricionariedade administrativa e principalmente *combatendo a omissão administrativa*.<sup>1567</sup>

No plano interno, com o advento das teorias do *neoconstitucionalismo*, também tem sido constatada uma mudança de rumo do direito administrativo, com a preeminência das normas constitucionais numa nova *relação jurídica administrativa*, que, em nossos dias, deve fincar suas raízes na própria Constituição. Pode-se afirmar que esse novo cenário jurídico persegue basicamente dois objetivos diferentes, embora intrínsecos: a concretização da Constituição e o controle dos atos e omissões da Administração Pública. Daí dizer-se que a vinculação da Administração aos direitos fundamentais não é um postulado teórico e abstrato, mas verdadeira imposição constitucional<sup>1568</sup>. Em outras palavras, o resgate da Constituição para a Administração Pública exige como ponto nuclear uma atuação administrativa que tenha como objetivo fundamental a concretização de direitos. Tal exigência, como é possível notar, não se coaduna à ideia de omissão, de desleixo para com o administrado.

Desse modo, se, por um lado, as regras e princípios de direito administrativo devem encontrar seu fundamento e também seu limite nas normas constitucionais, desprezando-se o que com elas restar incompatível, por outro, o exercício da função administrativa, em especial a edição de regulamentos administrativos, dobra em relevância quando envolver a realização de direitos fundamentais<sup>1569</sup>, sendo de todo inconcebível que não haja a fruição de tais direitos pela *simples* inatividade normativa da Administração. A omissão normativa em tais casos é flagrantemente ilícita, pois os direitos fundamentais devem atuar como um “mínimo prestacional”<sup>1570</sup> relativamente à Administração.

Assim, como afirma Canotilho, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como “*normas jurídicas vinculativas* e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes declarações de direitos”.<sup>1571</sup> Em consequência, tais direitos sujeitam não apenas a Administração Pública em sentido estrito, que é o cerne

---

<sup>1567</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría...*, cit., 2003, p. 71.

<sup>1568</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría...*, cit., 2003, p. 63.

<sup>1569</sup> O Professor Vieira de Andrade assim se manifesta sobre os direitos fundamentais: "esses direitos (pelo menos, esses) devem ser considerados patrimônio espiritual comum da humanidade e não admitem, hoje, nem mais uma leitura, nem pretextos econômicos ou políticos para a violação de seu conteúdo essencial." ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos...*, cit., 2009, p. 34.

<sup>1570</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría...*, cit., 2003, p. 75.

<sup>1571</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 378.

de nosso estudo, mas todos os órgãos e poderes da República<sup>1572</sup>. A vinculação mais estreita, se é que é que possível tal aferição, é a que se sujeita o Poder Legislativo, pois o legislador, como se sabe, encontra os limites de sua atuação no texto constitucional, em especial quando o assunto versado se relaciona aos direitos fundamentais.

Nessa linha, afirma Vieira de Andrade que o Poder Legislativo deixou de corresponder à ideia de “um soberano que se autolimita, devedor apenas de uma veneração moral ou política a uma Constituição distante da realidade e juridicamente débil”<sup>1573</sup>. Como se trata de um poder ‘constituído’, não restam dúvidas que está obrigado a realizar certas tarefas, respeitar limites e a acatar proibições, a prosseguir determinados fins e a usar modos específicos para atingir objetivos que se propõe, ou seja, “a mover-se dentro do quadro de valores constitucionalmente definido”<sup>1574</sup>. Ora, se vinculam até mesmo o Poder Legislativo, que em alguns casos e em épocas passadas já fora reconhecido como poder ilimitado<sup>1575</sup>, os direitos fundamentais por certo vinculam também o poder administrativo, incluindo, no quadro jurídico brasileiro, todos os órgãos e entidades que integram a administração direta dos quatro entes federativos (União, Estados-membros, Municípios e Distrito Federal) e também suas respectivas administrações indiretas, estas compostas pelas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.<sup>1576</sup> Assim também as entidades privadas que exercem função administrativa por delegação estatal. Pensar diferente seria desconsiderar o próprio estado democrático de direito, cuja essência, no dizer de Schmidt-Assmann, consiste em “garantir por meio do direito a livre determinação das pessoas”.<sup>1577</sup>

Canotilho ressalta o sentido extensivo do vocábulo *legislador*. Assim, quando se fala em vinculação do legislador convém notar a não identificação desta expressão com o sentido jurídico-constitucional de legislador. A constituição aponta para a vinculação de

---

<sup>1572</sup> Assim, entre outros, MIRANDA, Jorge. *Manual de...*, t. IV, cit., 2008, p. 291.

<sup>1573</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos...*, cit., 2009, p. 206.

<sup>1574</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos...*, cit., 2009, p. 206.

<sup>1575</sup> A exemplo do que ocorreu na França, em que só nas últimas décadas o *Conseil Constitutionnel* modificou o entendimento até então vigente que potencializava o legislador como representante direto da vontade do povo.

<sup>1576</sup> A Administração Pública em sentido amplo, ou seja, “tanto na estrutura judiciária quanto na legislativa ou executiva, é a que tem maiores possibilidades de se tornar ao mesmo tempo garantia e antigarantia de numerosos direitos”. BORTOLI, Adriano de. *A validade dos atos administrativos e a vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais*. In *Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneos*. Org. Luiz Henrique Cademartori. Florianópolis: Ed. Momento Atual, 2003, p. 108.

<sup>1577</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoria...*, cit., 2003, p. 52.

todos os atos normativos através de direitos, liberdades e garantias. Nesse contexto, “incluem-se os actos praticados por entidades públicas (leis, *regulamentos*, estatutos) ou por entidades privadas mas a que a lei confere força de norma jurídico-pública (ex: contratos colectivos de trabalho)”<sup>1578</sup>. De fato, se os direitos fundamentais delimitam e orientam a atuação do legislador na sua atuação criadora, com maior razão também terão de vincular o administrador público no que concerne ao seu poder-dever de *legislar* acessoriamente.<sup>1579</sup>

Além disso, não se pode perder de vista que há um direito subjetivo dos administrados ao cumprimento da lei, o que se dá, muitas vezes, por meio da necessária expedição de um regulamento administrativo. Em outras palavras, existe um direito subjetivo *a uma conduta ativa* da Administração para a concretização de direitos fundamentais, sobretudo quando houver princípio ou regra a impor o *agir normativo*, pois, como diria Schmidt-Assmann, os direitos fundamentais “demandam um encargo de subjetivação”<sup>1580</sup>. À Administração Pública compete, portanto, extrair das normas consagradoras dos direitos dos administrados que lhe são endereçadas o máximo vigor possível, de modo a dar concretude aos direitos sob sua guarda.

Os poderes públicos são destinatários da vinculação gerada pelos direitos fundamentais, porquanto as normas consagradoras desses direitos recortam, “logo a nível constitucional, uma *pretensão jurídica individual* (direito subjetivo) a favor de determinados titulares com o correspondente dever jurídico por parte dos destinatários passivos”.<sup>1581</sup> Além da dimensão *proibitiva*, que veda às entidades legislativas a criação de atos normativos incompatíveis com a constituição, os direitos fundamentais revelam também uma “dimensão positiva da vinculação do legislador”, pela qual o legislador deve ‘realizar’ os direitos, liberdades e garantias, otimizando a sua normatividade e atualidade.<sup>15821583</sup>

---

<sup>1578</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 441.

<sup>1579</sup> A vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais, adverte Jorge Miranda, não é apenas *negativa*, ou seja, não consiste apenas na imposição de não contrariar o sentido das normas constitucionais, abrangendo também “o dever de emitir normas e outras providências de protecção dos direitos fundamentais”. MIRANDA, Jorge. *Manual de...*, t. IV, cit., 2008, p. 293.

<sup>1580</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría...*, cit., 2003, p. 83.

<sup>1581</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 401.

<sup>1582</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 440.

<sup>1583</sup> Ainda segundo o Professor Canotilho, “A vinculação dos órgãos legislativos significa também o dever de estes conformarem as relações da vida, as relações entre o Estado e os cidadãos e as relações entre os

Embora os direitos fundamentais vinculem o exercício da função administrativa nas circunstâncias delineadas pelo próprio direito, aí incluída a edição de regulamentos administrativos, nem sempre é fácil identificar todas as hipóteses em que há tal vinculação, seja porque a Administração utiliza atualmente várias formas organizativas e meios de atuação inerentes ao direito privado para a prossecução do interesse público, seja porque presentemente muitas tarefas outrora executadas por entidades públicas são delegadas a particulares.<sup>15841585</sup>

A vinculação da função administrativa aos direitos fundamentais sempre foi corporificada pelo princípio da legalidade, que exigia – e via de regra ainda exige – uma autorização legal para que a Administração pudesse intervir em direitos individuais. Apesar disso, não basta apenas a vinculação administrativa por meio da lei, ela própria agora suspeita, pois a verdadeira proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos perpassa pela vinculação direta da função administrativa às normas e princípios constitucionais<sup>1586</sup>. Essa vinculação constitucional projeta-se na aplicação das leis, impondo a edição de regulamentos para tanto necessários, bem como a respectiva interpretação em conformidade com os direitos fundamentais e autorizando mesmo, em casos excepcionais, a desaplicação das normas manifestamente inconstitucionais.<sup>1587</sup>

A vinculação administrativa aos direitos fundamentais, ensina Vieira de Andrade, torna-se ainda evidente quando a Administração disponha de “espaços próprios de decisão, seja ao nível da elaboração de regulamentos, seja no uso concreto de poderes discricionários legalmente concedidos”<sup>1588</sup>. Nessa linha, se ao editar um regulamento a Administração está estritamente vinculada ao ordenamento jurídico, devendo fazê-lo nos limites estabelecidos, a lógica inversa é ainda mais indiscutível, isto é, não se pode

---

indivíduos, segundo as medidas e directivas materiais consubstanciadas nas normas garantidoras de direitos, liberdades e garantias”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 440. Assim também, entre outros: MIRANDA, Jorge. *Manual de...*, t. IV, cit., 2008, p. 293.

<sup>1584</sup> Conforme lição de ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos...*, cit., 2009, p. 220.

<sup>1585</sup> O Professor Vieira de Andrade explica que o fato de também as entidades privadas estarem vinculadas aos direitos fundamentais não elimina a questão, pois a vinculação de tais entidades pode e deve ser compreendida de modo diverso da vinculação das entidades públicas. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos...*, cit., 2009, p. 221.

<sup>1586</sup> Vide a abordagem sobre o *Administrative Constitutionalism* realizada no tópico anterior. Para saber mais sobre o tema: MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O Administrative...*, cit., 2012.

<sup>1587</sup> Conforme ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos...*, cit., 2009, p. 225. Veja-se a esse respeito: MATOS, André Salgado de. *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2004.

<sup>1588</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos...*, cit., 2009, p. 225.

conceber que a Administração, havendo um mandamento constitucional ou legal a determinar-lhe uma atuação positiva, simplesmente permaneça inerte e, com isso, viole direitos fundamentais pelos quais deveria zelar. Por outras palavras, se os direitos fundamentais vinculam o exercício da função administrativa, a passividade administrativa frente a uma *norma de comando* é contrária ao direito e merece reprimenda nas diferentes esferas jurídicas (civil e administrativa, por exemplo).

Já tivemos oportunidade de registrar que não haverá discricionariedade administrativa na edição de regulamentos administrativos, pelo menos no que tange à escolha por expedir ou não o regulamento<sup>1589</sup>, quando houver uma norma de *status* superior a exigir a atuação normativa da Administração ou ainda quando a exigência seja necessária ao exercício de direitos fundamentais.<sup>1590</sup> Diversamente da *discricionariedade*, sustenta-se, com Schmidt-Assmann, que os direitos fundamentais impõem genuína “obrigação de fazer à Administração”<sup>1591</sup>, daí a ilicitude que naturalmente decorre de sua inatividade formal, quando injustificada.

Em conclusão, a atividade legislativa (em sentido amplo) – aí abrangida a edição de regulamentos administrativos pela Administração – está inteiramente vinculada à observância dos direitos fundamentais, pois qualquer atividade normativa somente será lícita se respeitar os limites formais e materiais estabelecidos pela Constituição (vinculação *negativa* dos direitos fundamentais). Além disso, deve-se ter clara a noção de vinculação *positiva* dos direitos fundamentais, que neste caso opera o efeito de compelir a Administração Pública a editar os regulamentos administrativos reclamados pela ordem jurídica, em especial aqueles indispensáveis à concretização de direitos fundamentais. Com efeito, em sua dimensão protetora os direitos fundamentais subordinam a Administração Pública, pois tanto devem limitar e condicionar o exercício da função administrativa quanto promover e/ou tornar possível esse mesmo exercício. Por isso, ensina Schmidt-Assmann, “junto à proibição de excesso – própria da dimensão de defesa dos direitos

---

<sup>1589</sup> Se existisse tal liberdade de escolha estaríamos no campo da *arbitrariedade* e não da discricionariedade, pois o *mau* administrador poderia com sua omissão desvirtuar a vontade do Parlamento.

<sup>1590</sup> A esse respeito é importante mencionar a lição do Professor Vieira de Andrade, para quem “A autonomia administrativa está sempre condicionada pelo respeito dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, que constituem um limite autónomo do poder discricionário. As normas relativas aos direitos fundamentais podem comprimir ou mesmo ‘reduzir a zero’ os poderes discricionários, se houver no caso concreto apenas um modo de realização do direito fundamental”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos...*, cit., 2009, p. 225.

<sup>1591</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría...*, cit., 2003, p. 71.

fundamentais – se pode falar hoje também na *proibição de omissão* que resulta da vertente protetora dos mesmos direitos”.<sup>15921593</sup>

Assim, quando a Administração Pública, sem justificativa para tanto, não expede um regulamento administrativo reclamado pela ordem jurídica e necessário ao exercício de direitos por particulares, sua passividade formal é maculada por clara ilicitude. Não obstante isso, deve-se registrar que essa antijuridicidade não decorre apenas do silêncio normativo que desrespeita a vinculação administrativa atraída pelos direitos fundamentais. A omissão normativa da Administração, frise-se, também será ilícita por violar princípios informadores da atividade administrativa, tais como os da legalidade, proporcionalidade, eficiência e moralidade administrativa, que serão analisados a seguir.

#### **4.5. A ilicitude da inatividade regulamentar da Administração Pública frente aos princípios que informam a função administrativa**

Como todo ramo jurídico que ostenta autonomia, o direito administrativo se sustenta em uma série de princípios que, no dizer de Schmidt-Assmann, “refletem as convicções ético-sociais essenciais da comunidade”<sup>1594</sup>. Tais princípios, como normas que são, vinculam o *agir administrativo* e possibilitam o controle das ações e sobretudo das omissões administrativas, seja no âmbito administrativo, seja no judicial.<sup>1595</sup>

Na origem das teorias sobre *princípios*<sup>15961597</sup>, as *normas* eram confundidas com as regras de conduta que as exteriorizavam; aos princípios, por sua vez, não era

---

<sup>1592</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría...*, cit., 2003, p. 73.

<sup>1593</sup> Nesse mesmo sentido, entre outros: CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 440 e ss.

<sup>1594</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría...*, cit., 2003, p. 144.

<sup>1595</sup> CF de 1988, art. 5º, XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Como se vê, o Brasil adota o sistema de *jurisdição única* (sistema inglês) de modo que tanto a Administração quanto o Poder Judiciário exercem controle sobre a *legalidade* da função administrativa. As decisões administrativas, no entanto, não têm o condão de produzir *coisa julgada*, já que o exercício da jurisdição é *monopólio* do Poder Judiciário.

<sup>1596</sup> Canotilho alerta que “As ‘teorias dos princípios’ forneceram-nos o suporte científico para a construção do direito constitucional como um sistema aberto de regras e princípios. Deve reconhecer-se, porém, que, no plano metodológico, os resultados dos esquemas principais estão longe de ser inteiramente convincentes. Por várias razões. Desde logo, a radicalização binária regras/princípios, interpretação/concretização-ponderação, justifica o reaparecimento encapuçado de posições positivistas”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Princípios – entre a sabedoria e a aprendizagem*. In Estudos Em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. Boletim da Faculdade de Direito. Studia Iuridica, 90. Vol. I. Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 2008, p. 386.

<sup>1597</sup> “E em todo o gênero de coisas, aquilo que é princípio é a medida e a regra de tais coisas”. São Tomás de Aquino, *Suma Teologica*, II-1, Da Lei, art. 1-13.

reconhecida normatividade própria. Nesse contexto histórico, os princípios possuíam o papel de propiciar espaços de interpretação e integração das regras jurídicas, complementando-as, quando assim se fizesse necessário. Esse caráter subsidiário e positivista dos princípios já não encontra mais lugar no cenário jurídico deste começo de século. Como efeito, a partir do período pós-positivista, os princípios jurídicos, sobretudo os de matiz constitucional, passaram a ser reconhecidos como formas de expressão da norma em si. A discussão sobre a normatividade principiológica ganhou destaque nas últimas décadas, principalmente a partir das conhecidas obras do norte-americano Ronald Dworkin<sup>1598</sup> e do alemão Robert Alexy<sup>1599</sup> sobre o tema.

Os críticos à força normativa dos princípios fundam seus argumentos na menor densidade e maior abstração destes em comparação às regras jurídicas, o que dificultaria sua aplicação a situações concretas. Não obstante, o maior ou menor grau de generalidade existente em duas normas (regras e princípios), a exemplo do maior ou do menor campo de aplicação, é parâmetro incapaz de estabelecer diferenças de ordem ontológica entre si.<sup>16001601</sup> A propósito, são as características da *generalidade* e *abstração* que permitem aos

---

<sup>1598</sup> Dworkin faz a seguinte distinção entre princípios e regras jurídicas: “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. DWORKIN, Ronald. *Levando...*, 2002, p. 39.

<sup>1599</sup> Para Alexy, “Regras são normas que ordenam, proíbem ou permitem algo definitivamente ou autorizam a algo definitivamente. Elas contêm um dever definitivo. Quando os seus pressupostos estão cumpridos, produz-se a consequência jurídica. Se não se quer aceitar esta, deve ou declarar-se a regra como inválida e, com isso, despedi-la do ordenamento jurídico, ou, então, inserir-se uma exceção na regra e, nesse sentido, criar uma nova regra. A forma de aplicação de regras é a subsunção. Princípios contêm, pelo contrário, um dever ideal. Eles são mandamentos a serem otimizados. Como tais, eles não contêm um dever definitivo, mas somente um dever *prima-facie*. Eles exigem que algo seja realizado em medida tão alta quando possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas”. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo...*, cit., 2011, p. 37; também: ALEXY, Robert. *Teoria de los...*, 1993, pp. 86-87.

<sup>1600</sup> GARCIA, Emerson. *A moralidade administrativa e sua densificação*. In Revista de Informação Legislativa. Ano 39 – nº 155 (julho/setembro 2002), Brasília: Senado Federal.

<sup>1601</sup> Para Canotilho, saber distinguir entre regras e princípios é uma tarefa particularmente complexa: “Vários são os critérios sugeridos: a) *Grau de abstração*: os *princípios* são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstração relativamente reduzida. b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de medições concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são suscetíveis de aplicação directa. c) *Caráter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua posição estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito). d) *Proximidade da ideia de direito*: os *princípios* são ‘standards’ juridicamente vinculantes radicados nas exigências de *justiça* (Dworkin) ou na ‘ideia de direito’ (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; e) *Natureza normogenética*: os *princípios*



princípios alcançar hipóteses reais que as regras não conseguem, precisamente em razão do maior detalhamento e densidade que estas possuem. Conforme Dworkin, os princípios são padrões que devem ser observados, não porque vão promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.<sup>1602</sup>

Os princípios não se colocam, afirma Jorge Miranda, nem acima nem além do direito; também eles, numa visão ampla, “superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais, fazem parte do complexo ordenamental”<sup>1603</sup>. Na verdade, por meio dos princípios, sobretudo aqueles derivados dos direitos fundamentais, “o direito dá resposta a necessidades elementares de racionalidade, prudência e orientação”<sup>1604</sup> para o exercício da função administrativa. Os princípios e as regras, ambos dotados de caráter normativo, permitem cada um a seu modo a interpretação e a concretização da ordem jurídica.<sup>160516061607</sup>

Talqualmente ocorre com os direitos fundamentais, os *principios jurídicos fundamentais (Rechtsgrundsätze)*<sup>1608</sup> vinculam a atuação do legislador e, óbvio, também do administrador público no exercício da função administrativa e, particularmente naquilo que

---

são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogênica fundamentante”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, pp. 1.160-1.161.

<sup>1602</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., 2002, p. 36.

<sup>1603</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual...*, cit., t. II, 2007, p. 263.

<sup>1604</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría...*, cit., 2003, p. 71.

<sup>1605</sup> Canotilho realça as afinidades entre as teorias da concretização da constituição e as doutrinas da aplicação constitucional dos princípios ao enfatizar que “As regras interpretam-se; os princípios concretizam-se. As regras adaptam-se aos modelos tradicionais de interpretação; os princípios apontam para os modelos de concretização e de ponderação”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Princípios...*, cit., 2008, p. 386.

<sup>1606</sup> Segundo Geraldo Ataliba, “Os princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema. Apontam os rumos a serem seguidos por toda sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até às últimas consequências”. ATALIBA, Geraldo. *República...*, cit., 1985, pp. 6-7. Para García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, os princípios são “uma condensação dos grandes valores jurídicos materiais que constituem o *substratum* do ordenamento e da experiência reiterada da vida jurídica”. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso...*, cit., 2014, p. 483.

<sup>1607</sup> De acordo com Juarez Freitas, deve o poder público “se deixar guiar, sempre e sempre, em função dos princípios fundamentais, para além das regras, já que o seu dever primeiro é o de velar pelo sistema hierarquizado de princípios (superiores axiologicamente), com as regras servindo-lhes, prestimosamente, tão somente à densificação”. FREITAS, Juarez. *Princípio da moralidade administrativa*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, nº 170, abr. 2015, pp. 31-46.

<sup>1608</sup> Princípios jurídicos fundamentais, segundo Canotilho, são “os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 1.165.

nos interessa, no que tange ao exercício do poder regulamentar<sup>1609</sup>. Ao mesmo tempo que vinculam *o agir* administrativo, tais princípios também se revelam como instrumentos de controle da discricionariedade administrativa e sobretudo da inatividade do poder público. Portanto, a manifestação do poder regulamentar e conseqüentemente a edição de regulamentos administrativos somente será lícita se em conformidade com os princípios que *dirigem* a atividade administrativa<sup>1610</sup>; ao contrário, será ilícita a inatividade normativa da Administração Pública que se incompatibilize com os princípios informadores da atividade administrativa.

Sabe-se a essa altura que o exercício do poder regulamentar traduz-se numa atividade meramente administrativa, que não perde essa condição simplesmente por expressar um valor normativo. Por isso, são aplicáveis normalmente a tal atividade todos os princípios que orientam a Administração Pública, a se destacar os da legalidade, proporcionalidade, eficiência e moralidade. Além disso, a doutrina do *administrative constitutionalism*, já referenciada, sustenta que a conduta administrativa deve guardar consonância com as regras e princípios constitucionais, sobretudo quando necessários à efetivação de direitos fundamentais, com o precípua objetivo de conferir concretude à Lei Maior.

Pois bem, a Constituição brasileira de 1988 traz a previsão de alguns princípios administrativos de forma expressa (em especial no art. 37, *caput*)<sup>1611</sup>, enquanto outros podem ser inferidos implicitamente a partir da interpretação sistemática da Lei Maior (obrigatoriedade da licitação, continuidade dos serviços públicos, entre outros). Além disso, há ainda vários princípios cuja existência está prevista apenas em leis esparsas, tais como os da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da ampla

---

<sup>1609</sup> Esta é a posição de Canotilho, para quem tais *normas* “vinculam o legislador no momento legiferante, de modo a poder dizer-se ser a liberdade de conformação legislativa positiva e negativamente vinculada pelos princípios jurídicos gerais”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 1166.

<sup>1610</sup> A consideração dos princípios constitucionais como paradigma para a atuação administrativa “leva a considerar o particular não apenas como pessoa, capaz de um contributo diferenciado no seu relacionamento com a Administração na construção da ordem jurídica, mas sobretudo como destinatário de determinados cuidados no exercício de toda a atividade administrativa e que se traduzem num extenso catálogo de obrigações jurídicas da Administração”. MONCADA, Luís S. Cabral de. *A relação...*, 2009, pp. 28-29.

<sup>1611</sup> CF/1988, art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

defesa e do contraditório, da segurança jurídica e do interesse público.<sup>1612</sup> Dentre estes, alguns são essenciais para a adequada valoração sobre a inatividade administrativa formal, especificamente no que tange a não edição de regulamentos administrativos. São eles os princípios da *legalidade*, da *proporcionalidade*, da *eficiência* e da *moralidade*, que serão examinados em tópicos próprios, de modo a propiciar, ao depois, a formação de um juízo de valor fundamentado sobre a licitude ou ilicitude das omissões normativas e mesmo sobre a mora da Administração na expedição de regulamentos administrativos reclamados pela ordem jurídica.

#### **4.5.1. Ponto de partida: o princípio da legalidade e a instrumentalidade do poder administrativo**

A pedra angular da separação de poderes é a *lei*<sup>16131614</sup>. Em decorrência disso, a lei é ao mesmo tempo limite e mandato para o *agir* administrativo e, conseqüentemente, para o controle da atividade administrativa. Assim, na hipótese de existir uma norma legal ou constitucional a exigir um comportamento da Administração, como, por exemplo, a emissão de um regulamento administrativo, e tal injustificadamente não ocorrer no prazo previsto na lei ou num lapso de tempo razoável<sup>16151616</sup>, esta omissão, em princípio, configurará o incumprimento de um princípio vetor do direito administrativo, qual seja, o da legalidade. E é assim porque os órgãos e agentes da Administração Pública “só podem

---

<sup>1612</sup> A Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal, estabelece em seu art. 2º que: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

<sup>1613</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría...*, cit., 2003, p. 194.

<sup>1614</sup> Há quase um século, Otto Mayer referiu que “a lei, no Estado constitucional, é a manifestação da vontade do Estado”. MAYER, Otto. *Derecho...*, cit., 1949, p. 90.

<sup>1615</sup> A Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu o princípio da razoável duração do processo dentro das garantias fundamentais asseguradas aos indivíduos; insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, o dispositivo traz a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior, importante processualista brasileiro, faz o seguinte comentário: “trata-se de uma aproximação com o ideal do processo justo que entre os constitucionalistas contemporâneos funciona como um aprimoramento da garantia do devido processo legal. Para merecer essa *nomen iuris*, a prestação jurisdicional, além de atender aos requisitos tradicionais – juiz natural, forma legal, contraditório e julgamento segundo a lei – têm de proporcionar à parte um resultado compatível com a efetividade e a presteza”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil*. Revista de Processo, n. 124. São Paulo, junho/2005, p. 37.

<sup>1616</sup> O princípio da razoável duração do processo será examinado adiante, em tópico específico.

agir com fundamento na lei e dentro dos limites por ela impostos”<sup>1617</sup> ou, no dizer de Schmidt-Assmann, a “Administração deve ser *dirigida* pela lei (*gesetzeesdirigierte verwaltung*)”<sup>1618</sup><sup>1619</sup>. É esta a essência do princípio da legalidade da Administração, o qual foi erigido, em vários momentos da história, como *cerne especial*<sup>1620</sup> do estado de direito<sup>1621</sup>, designadamente por caracterizar-se, em sua origem, como *principal fonte de direito*.<sup>1622</sup>

A *legalidade* atribui poderes à Administração, de forma específica e bem demarcada. Por isso, toda a atividade administrativa apresenta-se como “exercício de um poder atribuído previamente pela lei e por ela delimitado e elaborado. Sem uma atribuição legal prévia de prerrogativas, a Administração não pode atuar, pura e simplesmente”<sup>1623</sup>. Por outros termos, as funções ordenadora e conformadora próprias do direito exigem que toda atuação administrativa esteja em consonância com as balizas franqueadas pela ordem jurídica, não sendo exagero afirmar que dentre os parâmetros vinculantes, “a lei segue ocupando uma posição preferencial”<sup>1624</sup>, impondo que a atividade administrativa seja direcionada, em última análise, à “prossecução do interesse público no quadro do direito”.<sup>1625</sup>

---

<sup>1617</sup> AMARAL, Diogo de Freitas. *Curso...*, cit., 2009, p. 42.

<sup>1618</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría...*, cit., 2003, p. 212.

<sup>1619</sup> Nos Estados Unidos da América o princípio da legalidade (*rule of law*) possui uma conotação mais de natureza processual do que propriamente material, ocupando-se mais com a garantia de um processo administrativo justo. DAVIS, Kenneth Culp. *Administrative Law Treatise*. San Diego: Calif, 1978, pp. 98-99. Não obstante, assim como concebido nos demais Estados ocidentais, também fundamenta e limita a atuação administrativa do Estado. Conforme, entre outros: BARRON, Jerome A.; DIENES, C. Thomas. *Constitutional Law*. 7th Edition. St. Paul: Thomson Reuters, 2009, p. 215 e ss.

<sup>1620</sup> Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 256.

<sup>1621</sup> Para Otto Mayer, o Estado de Direito (*Rechtsstaat*) é aquele em que todos os agentes públicos somente podem atuar conforme a vontade geral, que é precisamente aquela definida na lei. MAYER, Otto. *Derecho...*, cit., 1949, p. 72.

<sup>1622</sup> Segundo Paulo Otero, “As ideias de primado do parlamento e de divinização da lei, seja como expressão da vontade geral ou como instrumento garantístico da igualdade de todos os cidadãos, permitem alicerçar durante o século XIX uma concepção positivista que, configurando a lei como principal fonte de Direito e fazendo da codificação a bandeira da cientificidade e da modernidade dos ordenamentos jurídicos, reconduzem todo o Direito ao Estado: a legalidade administrativa é, nesse preciso contexto, expressão da estadualidade de toda a ordem jurídica.” OTERO, Paulo. *Legalidade...*, cit., 2011, p. 148.

<sup>1623</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso...*, t. I, cit., 2014, p. 450.

<sup>1624</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría...*, cit., 2003, p. 57.

<sup>1625</sup> A professora Ana Raquel Gonçalves Moniz afirma que: “Hoje encontra-se plenamente estabilizada a ideia segundo a qual a Administração Pública está subordinada ao direito. Esta asserção é plenamente compreendida quando se percebe que a vinculação jurídica das entidades administrativas e da respectiva atividade constitui uma decorrência do princípio do Estado de direito, que não perde de vista a autonomia (*Eigenständigkeit*) da função administrativa, mas, pelo contrário, lhe reconhece um espaço de ação próprio, consubstanciado na discricionariedade”. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2015, p. 73.

A Constituição brasileira de 1988 declara logo no seu art. 1º que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se num *estado democrático de direito*<sup>1626</sup>. O Estado que ostenta essas características (democrático e de direito) deve ser compreendido, no dizer de Habermas, como um Estado que não só é constituído na forma da lei, no sentido estritamente formal, mas o é por meio de leis democráticas, assim reconhecidas e declaradas pelas pessoas e instituições<sup>1627</sup>. Deste modo, num contexto de estado democrático de direito, todas as pessoas (públicas e privadas) estão sujeitas ao império de uma ordem jurídica que necessariamente deverá ser democrática. Consequentemente, a norma jurídica é o pressuposto para a atuação da Administração Pública e também o seu órgão propulsor, razão pela qual deve, necessariamente, vincular a vontade administrativa. Em consequência, não há como a Administração Pública injustificadamente se subtrair de uma vinculação positiva desencadeada pelo princípio da legalidade, pois o objetivo do estado de direito é precisamente “limitar o poder do Estado pelo direito”.<sup>1628</sup>

Segundo a doutrina de Diogo Freitas do Amaral, o princípio da legalidade era tradicionalmente concebido como uma ideia geral de proibição: a proibição de a Administração Pública lesar os direitos e interesses dos particulares, salvo com base na lei. Atualmente, prossegue Amaral, o princípio da legalidade aparece definido também de uma forma positiva, ou seja, a norma estabelece o que a Administração deve ou pode fazer, e não apenas aquilo que ela está proibida de fazer. Além disso, diferentemente do que ocorreu no passado, o princípio da legalidade visa também proteger o *interesse público* e não apenas os interesses dos particulares. Assim, a leitura que se faz modernamente de tal princípio é que a lei não é apenas um limite à atuação administrativa, mas também o *fundamento* da atividade administrativa. Noutros termos, a regra geral em matéria de atividade administrativa não é o princípio da liberdade, mas o princípio da *competência*.<sup>1629</sup><sup>1630</sup><sup>1631</sup>

---

<sup>1626</sup> A *relação jurídica administrativa*, para Moncada, “é o coroar do Estado de Direito”. MONCADA, Luís S. Cabral de. *A relação...*, 2009, p. 23.

<sup>1627</sup> HABERMAS, J. *Sobre a legitimação pelos direitos humanos*. In: MERLE, J.; MOREIRA, L. (Org). *Direito e legitimidade* (Trad. Claudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão). São Paulo: Landy, 2003, p. 68.

<sup>1628</sup> CHEVALLIER, Jacques. *L'Etat de droit*. Paris: Montchrestien, 1992. p. 12.

<sup>1629</sup> Tudo conforme a doutrina de AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso...*, cit., 2009, pp. 42-43.

Portanto, deve-se interpretar o princípio da legalidade não só pelo seu viés negativo, mas também por sua necessária *vinculação positiva*, consubstanciada numa atuação administrativa que se apresenta como condição necessária para a realização de direitos e garantias individuais<sup>1632</sup>. Nessa linha, uma Administração que atua apenas quando autorizada formalmente pelo sistema jurídico não resolve os problemas advenientes de sua eventual omissão normativa. Deveras, a legalidade não deve servir puramente como uma autorização legislativa que legitime juridicamente a intervenção da Administração sobre a esfera de proteção de interesses individuais, mas também – e principalmente – como um parâmetro de sujeição que os destinatários da função administrativa podem utilizar para fazer frente à omissão normativa da Administração, quando dependem da atuação positiva dos agentes públicos para a proteção de direitos individuais previstos na ordem jurídica.<sup>1633</sup>

O princípio da legalidade, em sua acepção genérica, engloba dois outros princípios fundamentais: o *princípio da supremacia* ou *prevalência da lei* (*Vorrang des Gesetzes*)<sup>1634</sup> e o *princípio da reserva de lei* (*Vorbehalt des Gesetzes*)<sup>1635</sup>, que apontam para a vinculação jurídico-constitucional do poder executivo<sup>1636</sup><sup>1637</sup>. Pelo princípio da

---

<sup>1630</sup> Ainda de acordo com Amaral: “Segundo o princípio da liberdade, que constitui a regra no Direito privado, pode fazer-se tudo aquilo que a lei não proíbe; segundo o princípio da competência, pode fazer-se apenas aquilo que a lei permite”. AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso...*, cit., 2009, pp. 42-43.

<sup>1631</sup> No mesmo sentido, entre tantos, Canotilho: “(...) a administração está vinculada à *lei* não apenas num *sentido negativo* (a administração pode fazer não apenas aquilo que a lei expressamente autorize, mas tudo aquilo que a lei não proíbe), mas num *sentido positivo*, pois a administração só pode actuar com base na lei, não havendo qualquer espaço livre da lei onde a administração possa actuar como um poder jurídico livre”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 833.

<sup>1632</sup> A função administrativa, no dizer de Rogério Soares, é a execução da lei; “o direito constitui para ela, além dum limite legativo, uma norma positiva que deve realizar”. SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse...*, cit., p. 119.

<sup>1633</sup> PUENTE, Marcos Gómez. *A inactividad...*, cit., 1997, p. 76 e ss.

<sup>1634</sup> Segundo a doutrina de Canotilho, “o princípio da prevalência da lei significa que a lei deliberada e aprovada pelo Parlamento tem superioridade e preferência relativamente a actos da administração (regulamentos, actos administrativos, actos pararegulamentares, actos administrativos gerais como circulares e instruções). O princípio da prevalência da lei vincula a Administração, proibindo-lhe quer a prática de actos contrários à lei (proibição de desrespeito da lei) quer impondo-lhe a adopção de medidas necessárias e adequadas ao cumprimento da lei (exigência de aplicação da lei)”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 256.

<sup>1635</sup> O princípio da reserva de lei, por sua vez, “afirma que as restrições aos direitos, liberdades e garantias só podem ser feitas por lei”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 256.

<sup>1636</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 256.

<sup>1637</sup> Ana Raquel Gonçalves Moniz relaciona como subprincípios densificadores do princípio da legalidade: a) princípio da precedência da lei; b) princípio do primado da lei; c) princípio da reserva de lei; d) princípio da separação entre o direito da lei e o direito da Administração. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2015, pp. 79-88.

legalidade, portanto, extrai-se que a vontade da Administração Pública é aquela que decorre da lei<sup>1638</sup>. A bem da verdade, deve-se registrar que a doutrina moderna vem constatando há tempos uma certa *crise*<sup>1639</sup> ou *erosão da lei*<sup>1640</sup>, pois se tem assistido a uma substituição paulatina de um sistema fechado de legalidade por um sistema predominantemente aberto, em que a legalidade administrativa, talqualmente tem sido observado no sistema constitucional, tem se tornado predominantemente *principlista*.<sup>1641</sup>

Pois bem, além do art. 37, *caput*, da Carta brasileira de 1988, que faz referência ao princípio da legalidade no âmbito da Administração Pública, o art. 5º, II, estabelece de forma expressa que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Levando-se em conta a ideia primeira do princípio da legalidade (art. 4º, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão) e, ainda, o art. 5º, II, da CF/88, antes transcrito, depreende-se que são diferentes os significados do referido princípio quando aplicável ao particular e à Administração Pública. Com efeito, não havendo norma proibindo determinada conduta ao particular, certo é que este poderá realizá-la. Igualmente, havendo norma autorizando a prática de ação ou omissão, por óbvio que o particular poderá exercer essa faculdade legal.<sup>1642</sup> Por outro lado, se não houver norma legal autorizando nem proibindo o exercício de uma conduta a determinado agente público, este não poderá praticá-la, sob pena de tal ser considerada ilegal. Desse modo, o agente público, diferentemente do particular, somente pode atuar como e quando determinado por lei (sentido amplo).<sup>1643</sup>

---

<sup>1638</sup> Segundo a doutrina de Paulo Otero, a gênese do princípio da legalidade se baseava em três ideias principais: 1) a lei passava a ser compreendida como expressão racional emanada da vontade geral; 2) o poder passaria a retirar da lei um critério para suas decisões e 3) a lei assumiria uma função garantidora das liberdades. OTERO, Paulo. *Legalidade...*, cit., 2011, p. 51.

<sup>1639</sup> Crise esta que exige uma atualização conceitual, fazendo com que a legalidade administrativa passe a integrar-se “no contexto de um sistema policêntrico de fontes de Direito”. OTERO, Paulo. *Legalidade...*, cit., 2011, p. 148.

<sup>1640</sup> Ana Raquel Gonçalves Moniz destaca o fim da exclusividade da lei como parâmetro da atuação administrativa, afirmando que “A erosão do sentido tradicional do princípio da legalidade conduziu à multiplicação dos parâmetros de vinculação da atuação administrativa e, conseqüentemente, à pulverização dos centros de poder e ao corresponsivo pluralismo normativo, com impactos, desde logo, no plano internacional, a partir do momento em que se considera que o próprio direito europeu constitui parâmetros da ação administrativa”. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2015, p. 76.

<sup>1641</sup> OTERO, Paulo. *Legalidade...*, cit., 2011, p. 167.

<sup>1642</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 45.

<sup>1643</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 45.

O princípio da legalidade traduz-se inequivocamente num importante limite à atuação estatal frente aos administrados; particularmente em relação à expedição de regulamentos administrativos, é um dos principais mecanismos de controle dos atos e omissões da Administração junto ao Poder Judiciário, por reforçar a soberania da lei enquanto fonte elementar do direito e, via de consequência, limitar, restringir e condicionar o exercício da função administrativa do Estado<sup>1644</sup>. Noutros termos, a *legalidade* exige que, como regra geral, o poder regulamentar esteja *justificado numa fonte normativa primária*.<sup>1645</sup>

Nos dias atuais, o princípio da legalidade deve ter seu espectro ampliado para traduzir não só a ideia de subordinação à lei, mas *ao direito como um todo*<sup>1646</sup>, implicando com isso submissão aos princípios gerais de direito, à Constituição, a normas internacionais, a disposições de caráter regulamentar, a atos constitutivos de direitos, etc., daí decorrendo a concepção doutrinária de se dar preferência na atualidade ao vocábulo *juridicidade* em vez de *legalidade*.<sup>16471648</sup> Nesse contexto, tem-se que a moderna atividade administrativa não pode configurar-se como “uma mera execução da lei e por assim ser não pode esperar-se que a lei seja a única fonte de sua legitimidade”.<sup>1649</sup> O tradicional apego à legalidade estrita deve, portanto, ceder espaço à ideia de submissão à *juridicidade administrativa*, por esta ser mais aberta e, por isso, propiciar “uma legalidade mais exigente”<sup>1650</sup>, sobretudo no campo das omissões.

---

<sup>1644</sup> PALADIN, Livio. *Diritto Costituzionale*. Padova: CEDAM, 1998. P. 174.

<sup>1645</sup> LONGOBARDI, Nino. *Autirita Amministrative Independenti e Sistema Giuridico-Instituzionale. Seconda Edizione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009, p. 303.

<sup>1646</sup> Assim, VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif*. 12<sup>a</sup> ed. Paris: PUF, 1992, pp. 444-445.

<sup>1647</sup> Também nesse sentido ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 56; MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2015, p. 73 e ss, entre outros.

<sup>1648</sup> Para Raquel Melo Urbano de Carvalho: “Distinguem-se a esfera da juridicidade – domínio amplo do direito, composto de princípios e regras jurídicas – da esfera da legalidade – circunscrita às regras jurídicas, reduzindo-se somente a última ao sentido estrito de conformidade dos atos com as regras legais. É com a noção de juridicidade que se abandona um conceito primário de legalidade, satisfeito com o cumprimento nominal e simplista de regras isoladas. Parte-se em busca da observância íntegra do Direito, compreendido este como um conjunto de normas dentre as quais se incluem os princípios expressos e implícitos, bem como as regras específicas do ordenamento”. CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso...*, cit., 2009, p. 55.

<sup>1649</sup> MONCADA, Luís S. Cabral de. *Lei e Regulamento*. Coimbra Editora, 2002, p. 10.

<sup>1650</sup> “A juridicidade administrativa traduz uma legalidade mais exigente, revelando que o poder público não está apenas limitado pelo Direito que cria, encontrando-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade desse mesmo poder. Neste sentido, a vinculação administrativa à lei transformou-se numa verdadeira vinculação ao Direito, registrando-se aqui o abandono de uma concepção positivista legalista configurativa da legalidade administrativa, tal



Por outras palavras, a juridicidade não se esgota, como ocorreu no passado, apenas no *plano da legalidade*, antes só se realiza plenamente com a *legitimidade* e a *licitude*, fato esse que pode ser claramente observado na ordem constitucional inaugurada em 1988 no Brasil, que adota os três referenciais (legalidade, legitimidade e licitude) em inúmeros dispositivos.<sup>1651</sup> Em tese, portanto, uma conduta pode ser legal, por atender ao disposto em lei, mas ilegítima, por contrariar um princípio constitucional, como, por exemplo, o da moralidade administrativa, devendo, bem por isso, ser excluída do mundo jurídico.

Se é certo afirmar que a edição de regulamentos administrativos por parte da administração deve respeitar os limites traçados pelo princípio da juridicidade, não é menos certo que se houver um comando normativo a impulsionar a atividade do administrador público e este se mantiver inerte, seu silêncio violará frontalmente o princípio em questão. Por outros termos, a Administração Pública não pode, por ação ou omissão, adotar comportamentos que se contraponham àqueles sinalizados pela norma jurídica, seja ela uma regra, seja um princípio. Mesmo levando-se em conta eventual reconhecimento de uma “reserva de Administração”<sup>1652</sup>, tal perspectiva não possui o condão de autorizar a Administração a “levar a cabo atuações que requerem uma prévia habilitação legal”<sup>1653</sup>. Portanto, a omissão administrativa que impede o aperfeiçoamento da *relação jurídica administrativa* não se compatibiliza com o direito e, bem por isso, deve ser objeto de reprimenda, seja na instância administrativa, seja na esfera judicial, e até mesmo por meio de demanda reparatoria, nas hipóteses em que a inércia normativa configurar fato gerador de dano injusto ao administrado.

De fato, quando há uma norma primária editada pelo Poder Legislativo ou mesmo um dispositivo constitucional a exigir a atuação positiva da Administração Pública, a sua eventual passividade revela um comportamento contrário ao direito, ainda que não haja a

---

como resulta do entendimento doutrinal subjacente à Constituição de Bonn”. OTERO, Paulo. *Legalidade...*, cit., 2003, p. 15.

<sup>1651</sup> Conforme MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade administrativa: do conceito à efetivação*. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, out./dez. 1992, pp. 01-33.

<sup>1652</sup> Ana Raquel Gonçalves Moniz explica a expressão *reserva de Administração*: “Trata-se de um corolário da consideração da autonomia da função administrativa e do entendimento de que a respetiva caracterização não reveste uma índole negativa ou residual (no sentido de que constituiriam ações materialmente administrativas aquelas que não fossem não recondutíveis a qualquer outra das funções estaduais), mas possui, antes, um sentido substancial próprio e específico”. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2015, p. 49.

<sup>1653</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría...*, cit., 2003, p. 218.

imputação e/ou identificação de culpa pessoal de quem quer que seja. Por fim, havendo norma jurídica a impor a expedição de um regulamento administrativo, tanto é ilícita a emissão da norma regulamentar em desacordo com os limites fixados na norma superior, quanto o *silêncio injustificado* ou ainda a *tardança* da Administração no cumprimento da tarefa que o ordenamento lhe confiou. Em todos esses casos o comportamento administrativo não se insere nos parâmetros definidos pela norma primária, expressa ou implicitamente.

#### **4.5.1.1. O caráter funcional do poder regulamentar**

Sabe-se que para a efetivação dos direitos dos administrados a relação político-normativa entre o Poder Legislativo e a Administração Pública deve permanecer em plena harmonia. Assim, como em regra cabe ao Parlamento o papel de inovar a ordem jurídica, incumbirá conseqüentemente à Administração Pública exercer suas competências normativas sempre que assim for requerido, a fim de que a *inovação legislativa* possa se materializar no mundo real pelas *mãos* da Administração. Noutros termos, a norma superior que exige a edição de um regulamento administrativo habilita formalmente a Administração Pública a agir de forma acessória, complementar, bem como fornece as balizas necessárias ao exercício da atividade regulamentar, impondo-lhe seus necessários limites. A omissão regulamentar e também a emissão de regulamentos que extrapolem tais limites violam a *norma-fundamento*, viciando o comportamento administrativo.

Com efeito, existe um verdadeiro *encargo legal* a impor uma obrigação de agir à Administração, não havendo, quanto a esta imposição, praticamente nenhum grau de discricionariedade administrativa a sustentar eventual juízo de conveniência e oportunidade da autoridade administrativa sobre a edição da norma faltante. A habilitação conferida pela norma superior é, na verdade, uma incumbência legal para o exercício da função administrativa, razão pela qual a inatividade administrativa, se injustificada, vicia o comportamento passivo e o torna suscetível de controle. Ora, se ao legislador cabe constitucionalmente a elaboração de leis que vão delimitar o agir administrativo, a omissão ou demora irrazoável na edição de eventuais regulamentos reclamados pela lei acarretaria o desprestígio e até o esvaziamento das funções do parlamento; tal situação, por outros termos, remeteria a uma inaceitável sobreposição da vontade do administrador à vontade do cidadão, representada pelo Poder Legislativo.

Pois bem, foi dito no primeiro capítulo desta investigação que o *dever genérico* de legislar de que é titular máximo o Poder Legislativo na verdade se consubstancia em mera *faculdade* de legislar, em razão da ampla discricionariedade que ostenta o legislador ordinário. Diversamente, terá natureza de *poder-dever* quando houver uma norma de hierarquia superior a exigir uma conduta normativa positiva. Noutros termos, o poder de legislar, abstratamente considerado, retrata uma simples *faculdade* de produzir leis, porquanto a decisão de impulsionar o processo de feitura de normas situa-se exclusivamente na esfera de conveniência do legislador. Outra, no entanto, é a situação quando houver imposição constitucional (ou legal, conforme o caso) a exigir uma atuação positiva do legislador, circunstância esta que por si só retira tal providência da órbita de sua discricionariedade e a transfere para o rol das condutas cogentes, obrigatórias e, como tais, sujeitas a regras de responsabilização pessoal e institucional.

As omissões legislativas inconstitucionais, que podem ser imputadas a qualquer função do Estado<sup>1654</sup>, comumente se relacionam ao não complemento das normas de eficácia *limitada* ou *diferida*<sup>1655</sup> identificadas na constituição e que exigem, por isso, a atuação positiva do legislador com vistas a conferir concretude ao texto constitucional. Ocorre que, no cenário jurídico brasileiro, além das frequentes e preocupantes omissões normativas do Poder Legislativo, a inatividade normativa imputada à Administração Pública também tem gerado grande inquietação, seja por sua *quase* banalização por parte dos administradores públicos, seja pelos graves danos que dela podem resultar a particulares. A inatividade normativa da Administração Pública pode também confrontar diretamente com a Constituição ou, como é mais comum, com a lei, nos casos em que esta

---

<sup>1654</sup> Nesse sentido é a lição de Jorge Miranda: “Relativamente a quaisquer funções do Estado objeto de disciplina pela Constituição, não custa surpreender manifestações possíveis – e não apenas teóricas – de comportamentos omissivos, sejam omissões de atos normativos, sejam de atos de conteúdo não normativo ou individual e concreto. Sucede isto com a função legislativa e com a função política ou de governo e, em alguns casos, com a revisão constitucional; sucede isto com a função administrativa e pode suceder até com a função jurisdicional. Tais comportamentos vêm, assim, a ser inconstitucionais ou ilegais, consoante os casos, e podem ainda revelar-se ilícitos. (...) Por seu lado, ilegalidade (ou inconstitucionalidade indireta, para alguns) por omissão vem a ser a que se traduz na não publicação das normas regulamentares de que dependa a efetivação de certa lei”. MIRANDA, Jorge. *A fiscalização...*, cit., jan/jun 2012, pp. 09-38.

<sup>1655</sup> As normas de eficácia diferida trazem já definida, intacta e regulada pela Constituição a matéria que lhe serve de objeto, a qual depois será apenas efetivada na prática mediante atos legislativos de aplicação. Não são promessas cujo conteúdo há de ser ministrado ou estabelecido a posteriori pela autoridade legislativa interposta, como ocorre com as normas programáticas *stricto sensu*. Desde o primeiro momento, sua eficácia ou aplicabilidade pode manifestar-se de maneira imediata, posto que incompleta, ficando assim, por exigências técnicas, condicionadas a emanação de sucessivas normas integrativa. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 252-253.

requer a edição de regulamentos administrativos para sua operacionalização e estes, injustificadamente, não são expedidos pela autoridade competente.

Nesta perspectiva, o genérico e abstrato *dever* de legislar que se funda na discricionariedade do Poder Legislativo não pode ser confundido com o *dever específico* de produção normativa, que emana de uma norma jurídica superior e por ela é delineado. O dever específico de criar a norma faltante, quando descumprido injustificadamente, converte a expectativa de direito (abstrata) criada pela norma superior em frustração *real*, porquanto a ausência da medida concretizadora requerida pelo diploma superior acaba por colocar em desamparo o administrado, provocando distorção ao sistema jurídico e injustiça no caso concreto.

Dentre os deveres específicos de legislar mencionados na doutrina de Jorge Pereira da Silva<sup>1656</sup> e já referidos nesta investigação, o *dever de correção, adequação ou aperfeiçoamento das leis* guarda especial relevância para a construção argumentativa ora desenvolvida. Em sentido amplo, pode-se enquadrar a edição de regulamentos administrativos (à exceção do regulamento independente) na esfera dos deveres atinentes à correção, adequação ou aperfeiçoamento das leis. Nessa linha, o dever de editar regulamentos administrativos é ainda mais evidente quando há uma norma de *hierarquia* superior a exigir tal medida. Em casos como tais, tem-se que o *poder* regulamentar deve ser compreendido não propriamente como um poder, mas como verdadeiro *dever* da autoridade administrativa, pois a própria norma jurídica, por si, já exclui a medida integradora da esfera de discricionariedade da Administração Pública.

Analizou-se na primeira parte desta pesquisa que os poderes administrativos são prerrogativas concedidas pela norma jurídica aos agentes públicos para a satisfação do interesse público; este, portanto, é o “elemento decisivo da vinculação administrativa”<sup>16571658</sup>. Tais poderes diferem-se dos poderes existentes na órbita privada

---

<sup>1656</sup> Além dos deveres específicos, Jorge Pereira da Silva alude ao dever geral de produção legislativa, que impende abstratamente sobre o conjunto dos órgãos legislativos. SILVA, Jorge Pereira da. *Dever...*, cit., 2003, p. 21.

<sup>1657</sup> Afirma Rogério Soares que a lei estabelece a fundamental e indispensável vinculação do agente administrativo. “E depois disso já lhe pode conceder com mais tranquilidade um conjunto de poderes para a realização do interesse público, que se denomina competência em sentido amplo”. SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse...*, cit., MCMLV, p. 134.

<sup>1658</sup> No dizer de Rivero, os poderes administrativos (por ele nomeados simplesmente como poder público) compreendem “o conjunto de prerrogativas concedidas à Administração para lhe permitir fazer prevalecer o interesse geral”. RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 15.

devido ao fato de que, para o particular, o poder se reveste de caráter de mera faculdade, cabendo ao seu detentor decidir livremente se o utiliza ou não. O mesmo não se dá na esfera administrativa, pois os poderes administrativos são ao mesmo tempo prerrogativas legais que necessariamente haverão de ser utilizadas, bastando para tanto que o fato gerador previsto na norma de regência tenha ocorrido. Na verdade, pode-se dizer que os poderes administrativos materializam, além das prerrogativas legais para prática de determinado ato, *deveres administrativos* de natureza cogente, isto é, de observância obrigatória. São, por isso, compreendidos por vasta doutrina como autênticos *poderes-deveres*, porquanto o “Direito Público ajunta ao poder administrativo o dever de administrar”.<sup>1659</sup><sup>1660</sup>

Partindo-se da premissa de que o interesse público previsto em determinada norma jurídica normalmente deve ser concretizado por agentes que ocupam funções públicas criadas por lei e que o sujeito que executa tais funções precisa exercitar poderes instrumentais, também concedidos pelo ordenamento para atender à finalidade de interesse público prevista na norma jurídica, a conclusão a que se chega é que tais poderes são mecanismos de utilização *obrigatória* por aqueles que os ostentam institucionalmente.<sup>1661</sup>

Os poderes administrativos não podem ser levados a efeito pelo administrador público senão quando ocorrerem situações fáticas que exigem a atuação estatal. Por outro lado, se a norma jurídica impõe o exercício desses poderes administrativos, a omissão em tais casos é abusiva e, portanto, antijurídica, dada a *aderência ao fim*<sup>1662</sup> sinalizada pelo ordenamento jurídico. Neste contexto, deve prevalecer a ideia bivalente da competência

---

<sup>1659</sup> Conforme MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, cit., 2005. p. 105.

<sup>1660</sup> Nesse contexto, Hely Lopes Meirelles destaca que poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que “quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo”. Em consequência, continua o saudoso mestre, o poder do administrador público, por revestir ao mesmo tempo o caráter de dever para a comunidade, é insuscetível de renúncia pelo seu titular, pois tal atitude “importaria fazer liberalidades com o direito alheio, e o Poder Público não é, nem pode ser, instrumento de cortesias administrativas”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, cit., 2005, p. 105.

<sup>1661</sup> Sobre o tema, esclarecedora é a lição do Prof. Bandeira de Mello: “Tem-se *função* apenas quando alguém está assujeitado ao dever de buscar, no interesse de outrem, o atendimento de certa finalidade. Para desincumbir-se de tal dever, o sujeito da função necessita manejar poderes, sem os quais não teria como atender à finalidade que deve perseguir para a satisfação do interesse alheio. Assim, ditos poderes são irrogados, única e exclusivamente, para propiciar o cumprimento do dever a que estão jungidos; ou seja: são conferidos como meios impostergáveis ao preenchimento da finalidade que o exercente de função deverá suprir. Segue-se que tais poderes são instrumentais: servientes do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolúvelmente atrelados. Logo, aquele que desempenha função tem, na realidade, deveres-poderes. Não ‘poderes’, simplesmente.”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, cit., 2006, pp. 86-87.

<sup>1662</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso...*, t. I, cit., 2011, p. 45.

administrativa como um poder-dever, uma prerrogativa-obrigação, a qual traduz a concepção da função administrativa como uma imposição resultante da Constituição, da lei ou dos próprios regulamentos, situação que Gómez Puente denomina princípio da satisfação funcional.<sup>1663</sup> Ademais, também não se pode perder de vista que a competência administrativa é de caráter *irrenunciável*<sup>1664</sup>; logo, não reside na esfera de discricionariedade do agente público a possibilidade de efetuar qualquer juízo de valor em relação à conveniência ou oportunidade de exercer suas atribuições legais. De fato, a “parcela de poder que pertence a cada órgão”<sup>1665</sup> é uma imposição normativa que visa alcançar o objetivo definido na lei e, por isso, não se encontra no *campo* de disponibilidade dos agentes públicos<sup>1666</sup>. Sendo irrenunciável a competência por expressa previsão legal, parece claro que o *não exercício* do poder regulamentar quando há norma jurídica a exigir uma atuação positiva da autoridade pública configura grave distorção da ordem jurídica, com repercussão na esfera administrativa e, em alguns casos, até mesmo na esfera civil, desde que presentes os requisitos para tanto necessários.

Portanto, o poder regulamentar conferido pela norma habilitante traduz-se, à evidência, em dever de editar os regulamentos administrativos determinados pela ordem jurídica, pois a essência do direito administrativo, diz Queiró, “está na obrigação para os respectivos agentes de realizarem os interesses que as leis lhes entregam para que deles curem”<sup>1667</sup>. Noutros termos, os poderes administrativos que decorrem da ordem jurídica, por determinação da própria Constituição, estão vinculados a servir com imparcialidade os direitos coletivos. Bem por isso, os poderes administrativos, como prerrogativas funcionais que são, não podem ser exercidos senão quando houver a materialização da situação

---

<sup>1663</sup> Gómez Puente ressalta o caráter funcional do poder administrativo, ao dizer que o poder jurídico é o instrumental necessário ao cumprimento da legalidade no âmbito de sua vinculação positiva, pois segundo este princípio toda atuação da Administração se apresenta como resultado do exercício de um poder previamente atribuído pelo ordenamento jurídico; o poder é, justamente, a atribuição que define, qualitativa e quantitativamente, essa prerrogativa jurídica. PUENTE, Marcos Gómez. *La Inactividad...*, 1997, pp. 82 e 281.

<sup>1664</sup> No Brasil, a Lei federal nº 9.784/99, por meio de seu art. 11, estabelece que “A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos”.

<sup>1665</sup> D’ALESSIO, F. *Instituzioni di Diritto Amministrativo*, T. I, Torino: UTET, 1932, p. 230.

<sup>1666</sup> Registre-se, a propósito, que o princípio da proporcionalidade, que será analisado na sequência, tem sido utilizado sobretudo no âmbito do TJCE como paradigma de controle do exercício das competências públicas. Conforme RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. *El control...*, cit., 2004, p. 259.

<sup>1667</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo*. in Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar/FGV, n. 6, p. 52, 1946.

abstrata desenhada pela norma jurídica; ocorrendo o fato tipificado, contudo, o poder de agir se transmuda em *dever* e torna obrigatória a conduta administrativa. O poder administrativo, em síntese, é “um poder com dever de exercitar”.<sup>1668</sup>

Importante reforçar também que o exercício do poder regulamentar, pelo menos em relação à decisão pela feitura da norma, não está minimamente adstrito à conveniência e oportunidade da Administração Pública. Por outro lado, quando a Administração *cumpr*e a determinação legal e expede o ato normativo reclamado por norma superior, resta claro que, neste particular, o uso do poder regulamentar assegura ao administrador certa liberdade de escolha sobre o conteúdo do ato a ser expedido, de forma a adequá-lo à norma superior e também, vale dizer, à conveniência e oportunidade da Administração, que é a responsável por sua operacionalização. Se pode haver certa margem de liberdade da Administração em relação ao conteúdo do regulamento administrativo a ser editado, saliente-se, mais uma vez, que não há nenhuma margem de escolha sobre a expedição do ato em si, tratando-se, pois, neste último caso, de conduta *inteiramente* vinculada do poder administrativo<sup>1669</sup>. Consequentemente, não poderá a Administração Pública esconder-se sob o manto da discricionariedade administrativa para eximir-se de utilizar o poder regulamentar para expedir determinado regulamento administrativo, sob o fundamento de que este é inconveniente ou inoportuno. Não há aqui espaço de valoração de *mérito* em relação à expedição do ato normativo reclamado pela ordem jurídica, haja vista tratar-se de um *dever específico* de expedir a norma regulamentada.

Há muito se diz que a discricionariedade administrativa não pode ser confundida com arbitrariedade<sup>1670</sup>. A discricionariedade, sabe-se, não consiste num círculo de liberdade ilimitada de ação concedida à Administração, mas numa “esfera limitada, que pode ser mais ou menos restrita”<sup>1671</sup>. Para Dworkin, talqualmente o espaço vazio no centro

---

<sup>1668</sup> SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse...*, cit., MCMLV, p. 188.

<sup>1669</sup> Importante rememorar a lição de Amaral, para quem não há atos puramente vinculados e atos puramente discricionários; a função administrativa, diz o mestre português, “é simultaneamente vinculada e discionária”. AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso...*, vol. II, cit., 2011, p. 86-87.

<sup>1670</sup> García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, ao fazerem referência ao princípio constitucional da vedação à arbitrariedade, explicitam que a proscrição formal de um tipo de comando, de poder, entendida como simples expressão da vontade e a força de quem o detém, seja quem for e por maior que seja sua legitimidade de origem, vicia o ato de arbitrariedade. Dessa circunstância decorre necessariamente a exigência imperativa e inevitável do fundamento adicional da *razão* para toda decisão na qual o poder se manifeste. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso...*, cit., 2014, p. 486.

<sup>1671</sup> Conforme, entre tantos: ALESSI, Renato. *Instituciones...*, cit., 1970, p. 189; QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Estudos...*, cit., 1968, p. 8.

de uma rosca, “o poder discricionário não existe a não ser como espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições”<sup>1672</sup><sup>1673</sup>. A discricionariedade, portanto, somente existe legitimamente quando a lei franqueia à autoridade pública uma margem de escolha, com restrições, para, no caso concreto, efetuar um juízo de valor sobre *como* ou *quando* executar o ato, com vistas a propiciar à autoridade a escolha da medida mais adequada ao interesse público<sup>1674</sup>. O ato de decidir se expede ou não um regulamento administrativo reclamado por uma norma legal ou constitucional não reside na esfera de discricionariedade da autoridade administrativa, pois não há espaço legal para isso. Tal escolha, se ocorresse, evidenciaria uma forma de arbitrariedade, que nada mais é do que uma das faces da ilicitude.

Com efeito, a liberdade sobre a valoração da conveniência e oportunidade nas decisões discricionárias encontra seus limites no próprio direito, ou seja, a discricionariedade administrativa somente pode ser exercida de forma legítima pela Administração quando compatível com a lei, com a constituição e, especialmente, com os princípios administrativos, em especial os da proporcionalidade e da moralidade administrativa. Aliás, referidos preceitos são os principais fundamentos para o Poder Judiciário examinar atos discricionários da Administração.<sup>1675</sup>

Se é certo afirmar que a discricionariedade administrativa é prática cotidiana no seio da Administração, também é correto sustentar que tal discricionariedade não legitima a decisão de usar ou não um poder administrativo, quando existe norma a determinar a conduta positiva. Em casos assim, o ordenamento jurídico não concede – e nem poderia – nenhuma liberdade de escolha à autoridade pública, que está estritamente vinculada às

---

<sup>1672</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., 2002, p. 51.

<sup>1673</sup> Para Engisch, “pelo menos é possível admitir a existência de discricionariedade no seio da nossa ordem jurídica conformada pelo princípio do Estado de Direito. De discricionariedade, note-se, neste sentido: no sentido de que, no domínio da administração ou no da jurisdição, a convicção pessoal (particularmente, a valoração) de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo ‘espaço de jogo’ será havida como sendo a melhor e a ‘justa’”. ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. Tradução: MACHADO, J. Baptista. Título em português: *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 248.

<sup>1674</sup> No caso de determinação precisa do interesse público, a Administração não tem poder algum de valoração sobre a conveniência de se atuar ou não, porque em casos assim sua atividade é regrada, obrigatória. Conforme ALESSI, Renato. *Instituciones...*, cit., 1970, p. 188.

<sup>1675</sup> Em sentido aproximado: CHAPUS, René. *Droit...*, Tome I, cit., 1998, p. 775 e ss.



obrigações de *fazer* ou mesmo de *não fazer* impostas pela norma jurídica, sob pena de perspectivar, como dito, a criação de um “terreno fecundo para a arbitrariedade”.<sup>1676</sup>

Além disso, nunca é demais lembrar que quando está-se diante da discricionariedade administrativa é a própria norma que deixa a critério do agente público a escolha que melhor atende ao interesse público; quando, diferentemente, a norma legal ou constitucional impõe a atuação administrativa, a inatividade da Administração caracteriza comportamento contrário ao direito, passível de ser corrigido tanto administrativa quanto judicialmente. Portanto, para a autoridade administrativa, que tem a prerrogativa de utilizar, “por alvedrio próprio, da oportunidade e dos meios adequados para exercer as suas atribuições, o poder administrativo *se resolve em dever*”.<sup>1677</sup>

No direito francês a obrigatoriedade de atuação da Administração Pública com vistas à expedição de regulamentos administrativos necessários à aplicação das leis é defendida pela doutrina e pela jurisprudência. Nesse sentido é o entendimento de René Chapus, que após mencionar e comentar inúmeros precedentes da jurisprudência francesa, sustenta a obrigatoriedade de atuação do órgão regulador competente, sob pena de aplicação de *astreinte* ou ainda de ter o Estado de reparar civilmente eventuais danos ocasionados por sua inércia normativa.<sup>1678</sup>

Com base no até aqui exposto, pode-se afirmar que os poderes públicos de autoridade são em vários aspectos distintos dos poderes de um administrador privado, a começar pelo fato de que o poder, para este, traduz mera faculdade, enquanto para o administrador público se reveste em verdadeiro *dever jurídico de agir*, sempre que a situação em concreto exigir sua atuação, sob pena de responsabilidade. Por outros termos, o silêncio normativo quando se está vinculado por lei ou pela Constituição a uma atuação positiva é comportamento anormal da Administração, devendo por isso ser repellido, por ser o poder administrativo mero *instrumental* para cumprir o *dever legal de agir* da Administração.<sup>1679</sup><sup>1680</sup>

---

<sup>1676</sup> PUENTE, Marcos Gómes. *La Inactividad...*, cit., 1997. P. 92.

<sup>1677</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. São Paulo. 1925, p. 288.

<sup>1678</sup> CHAPUS, René. *Droit...*, Tome I, 1998. p. 630 e s.s.

<sup>1679</sup> HERNÁNDEZ, C. Escobar. *El recurso por omisión ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Madrid: Civitas, 1993, p. 55.

<sup>1680</sup> Já há várias décadas Afonso Queiró sinalizava para a ilicitude da inatividade administrativa. Segundo o mencionado autor português, “A abstenção da prática de um acto pela Administração, nos casos em que a lei estabelece a obrigação precisa de o praticar e que essa obrigação lhe é imposta em benefício directo de um

Em síntese, todos os poderes conferidos pelo ordenamento jurídico à Administração Pública estão vinculados, por imperativo constitucional, para bem servir ao interesse público<sup>1681</sup>. Esses poderes, como visto, possuem natureza funcional, pois “são outorgados e exercidos em benefício alheio ao do próprio titular, mas em atenção ao interesse público”.<sup>1682</sup> O poder regulamentar, portanto, é um mecanismo necessário à operacionalização da vontade constitucional (ou legal). No dizer de Rogério Soares, pretende o ordenamento jurídico que o administrador público proceda a uma satisfação formal do interesse público pondo em ação os meios que lhe concede, ou seja, os poderes administrativos<sup>1683</sup>. Em decorrência disso, é possível concluir que o exercício do poder regulamentar nas hipóteses em que a edição de regulamentos administrativos é reclamada pela ordem jurídica é conduta vinculada e exigível à conta da Administração, em especial quando envolver a concretização de direitos fundamentais.<sup>1684</sup>

#### **4.5.1.2. A inatividade normativa da Administração como forma peculiar de possível desvio de poder**

Quando o ordenamento jurídico impõe à Administração Pública a expedição de um regulamento administrativo, tal providência deve ser adotada a *tempo* e a *modo* pelo administrador, haja vista que a prerrogativa de atuar não é um privilégio administrativo vazio e gratuito, mas, como visto, uma exigência legal para a consecução do interesse público ditado pela *norma-comando*.<sup>1685</sup> O exercício dos poderes administrativos deve estar circunscrito ao objetivo delineado na norma jurídica, caracterizando desvio de

---

particular, não é um acto administrativo; é um facto administrativo ilícito e importa, como tal, responsabilidade civil da Administração”. QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Estudos...*, cit., 1968, p. 27.

<sup>1681</sup> Para Rogério Soares, “Todo o dever que se conexas com o exercício dos poderes administrativos está, como estes, determinado pelo fim de alcançar o interesse público. Trata-se, pois, de um dever de prosseguir o fim para que foi concedido o poder.”. SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse...*, cit., MCMLV, p. 187.

<sup>1682</sup> GÓMEZ PUENTE, Marcos. *La Inactividad...*, cit., 1997, p. 83.

<sup>1683</sup> SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse...*, cit., MCMLV, p. 188.

<sup>1684</sup> Conforme, entre outros: FAGUNDES, M. Seabra. *Responsabilidade do Estado – Indenização por retardada decisão administrativa*. In Revista de Direito Público 57-58, p. 14; MELLO. Vanessa Vieira de. *Regime Jurídico da Competência Regulamentar*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 50.

<sup>1685</sup> Nesse sentido a lição de Dallari, para quem “A Administração Pública desfruta de privilégios e prerrogativas apenas e tão somente na exata medida de sua necessidade para a realização concreta do interesse público. O “poder” não é algo imanente à Administração Pública, mas, sim, apenas um instrumento de sua atuação, a ser utilizado apenas e tão somente quando e na medida do estritamente necessário”. DALLARI, Adilson Abreu. *Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas*. In Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999, pp. 75-87.

finalidade a sua utilização voluntária com escopo diverso daquele preconizado pela lei. Igualmente, também é possível afirmar que o não exercício voluntário de um poder administrativo nos casos em que a situação concreta está a exigir uma atuação positiva da Administração caracteriza omissão jurídica relevante, de modo que, quando injustificada, revelará conduta igualmente abusiva. Como efeito, nesta situação a finalidade prevista na norma primária não foi alcançada em virtude de uma inação ilícita da autoridade administrativa, que acaba, por via transversa, desviando a finalidade prevista na norma primária.

Ao contrário do particular, que escolhe livremente o *fin* de seus atos, à Administração Pública cabe cumprir o objetivo definido na norma habilitante<sup>1686</sup>. Portanto, o fim de interesse público a ser perseguido pelo administrador não se situa em sua esfera de conveniência. Por isso, ao atuar com vistas a alcançar fim diverso daquele previsto na norma jurídica o administrador vicia seu comportamento, praticando desvio de poder (ou desvio de finalidade)<sup>1687</sup>. O desvio de poder é conduta praticada com mais frequência nos atos discricionários, pois nestes o *mau administrador* possui uma maior facilidade de disfarçar seu verdadeiro propósito, que é corromper a ordem jurídica. Não obstante, esse vício pode ser encontrado também nos atos vinculados. Além disso, o desvio de finalidade, que exige uma atuação deliberada para fraudar a lei, pode ocorrer tanto por ação quanto por omissão.

O *détournement de pouvoir*, portanto, é espécie do gênero abuso de poder<sup>168816891690</sup>, e pressupõe que haja uma “discrepância entre o fim legal e o fim real (ou

---

<sup>1686</sup> Conforme RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 289.

<sup>1687</sup> A teoria de *détournement de pouvoir* tem origem na jurisprudência do Conselho de Estado da França a partir do caso *Lesbats*, julgado inicialmente em 25 de fevereiro de 1864 e posteriormente confirmado em 7 de junho de 1865. No julgamento em questão firmou-se o entendimento segundo o qual o recurso por excesso de poder poderia ser manejado no caso em que uma autoridade praticasse determinado ato no uso do poder administrativo, mas com objetivo diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência. O *arrêt Lesbats* pode ser assim sintetizado: sob o pretexto de cumprir uma lei que autorizava o poder público a regulamentar o estacionamento de ônibus em frente à estação ferroviária, o prefeito de *Fontainebleau* proibiu a recorrente de estacionar seus veículos no pátio na referida estação. No julgamento do recurso, o Conselho de Estado anulou a decisão do prefeito declarando a ocorrência de *détournement de pouvoir*, tendo em vista que restou comprovado nos autos que na verdade o ato da autoridade visava privilegiar outra empresa. Conforme WELTER, Henri. *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative: étude de doctrine et de jurisprudence*. Paris: Recueil Sirey, 1929, pp. 161-164.

<sup>1688</sup> Além do desvio de poder ou de finalidade, a teoria do abuso de poder inclui também o excesso de poder, que ocorre quando “a Administração vai além do permitido, estendendo direitos, deveres e obrigações, favorecendo interesses ou retirando faculdades, inobservando a norma legal e as condições extrínsecas nela prescritas. Haverá excesso, não desvio, quando o ato administrativo ultrapassa dos limites legais ou provoca

o fim efetivamente prosseguido pelo órgão administrativo)”.<sup>1691</sup><sup>1692</sup> Deveras, o defeito de legalidade que incide sobre a *intenção da lei*, no dizer de Moreira Neto, é a traição desta intenção legal, que se dá quando o agente desvia sua competência, ou seja, o poder-dever de agir de que está investido, para prosseguir outro interesse que não seja aquele que, estando ínsito na regra de competência, deveria ser, necessariamente, o único determinante de sua ação.<sup>1693</sup>

Assim, a inatividade administrativa em relação ao exercício do poder regulamentar caracterizará conduta ilegítima da administração Pública sempre que houver determinação legal ou constitucional para um *agir* administrativo, pois “*não fazer* o que deve ser feito por força de lei é tão violador do direito quanto fazer o que a lei veda”.<sup>1694</sup> A omissão normativa da Administração, nesta hipótese, poderá ser enquadrada como

---

efeitos além dos normalmente previstos na finalidade imposta ao ato pela lei. O problema aqui não é de fim diverso, mas de alcance excessivo na finalidade.”. SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. *Atos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 215-216. Resumindo, no Brasil a expressão abuso de poder engloba tanto o excesso de poder quanto o desvio de finalidade. Para Hely Lopes Meirelles, “O abuso do poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas”. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, cit., 1993, p. 94.

<sup>1689</sup> Esclareça-se que a matéria aqui tratada apresenta divergências com a doutrina e jurisprudência de alguns países, principalmente Itália e França. Com efeito, Zanobini afirma que o legislador italiano não estabeleceu um conceito de excesso de poder como causa de invalidação de um ato administrativo. A jurisprudência italiana segue o mesmo entendimento do Conselho de Estado da França, que considera *sviamento di potere* não só o ato administrativo praticado visando um fim privado, como também aquele vise um fim público, mas diferente daquele estabelecido na norma de regência. ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. V. II, 5ª ed., Giuffrè. 1947, p. 142. No mesmo sentido é a doutrina de Rivero, para quem o desvio de poder “é um vício que enferma um acto pelo qual a Administração prosseguiu um fim diferente daquele que o direito lhe determinava, desviando assim do seu fim legal o poder que lhe estava confiado”. RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 290. Portanto, tanto a doutrina francesa quanto a italiana não fazem referência ao vício denominado excesso de poder, que é, no Brasil, uma espécie do *gênero* abuso de poder, que comporta ainda o desvio de finalidade.

<sup>1690</sup> Para Caio Tácito, “o abuso de poder surge com a violação da legalidade, pela qual se rompe o equilíbrio da ordem jurídica. Tanto da legalidade externa do ato administrativo (competência, forma prevista ou não proibida em lei, objeto lícito) como da legalidade interna (existência dos motivos, finalidade)”. TÁCITO, Caio. *O abuso do poder administrativo no Brasil: conceito e remédios*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/19392/18163> Acesso em: 01.03.2017.

<sup>1691</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso...*, cit., 2009, p. 394.

<sup>1692</sup> Sousa e Matos afirmam que “o desvio de poder é um vício funcional, ou seja, decorre da preterição de requisitos de legalidade respeitantes ao fim e aos motivos dos actos administrativos” para em seguida observarem que a doutrina e a jurisprudência têm restringido bastante seu alcance, de forma que “há desvio de poder apenas quando o *motivo principalmente determinante* de um acto administrativo não visa a prossecução do fim legal”. SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral*. Tomo III, Lisboa: Dom Quixote, 2006, p. 156.

<sup>1693</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 201.

<sup>1694</sup> FAGUNDES, M. Seabra. *Responsabilidade do Estado – Indenização por retardada decisão administrativa*. In Revista de Direito Público 57-58, p. 7.

verdadeiro *desvio de finalidade*<sup>1695</sup>, pois a inércia administrativa, quando intencional, acaba por obstaculizar a consecução do objetivo visado pela norma.<sup>1696</sup> Na expedição de um regulamento administrativo reclamado pela ordem jurídica, o *fim legal* – e não a vontade do administrador deve servir de motor a impulsionar a conduta positiva<sup>1697</sup>.

Segundo a doutrina de Hely Lopes Meirelles, o desvio de finalidade tanto pode revestir a forma comissiva quanto a omissiva, porque ambas são capazes de afrontar a vontade da lei e causar lesão a direito individual do administrado. A inércia intencional da autoridade administrativa, retardando ato ou fato que deva praticar *de ofício*, caracteriza abuso de poder, designadamente a *espécie* denominada desvio de finalidade, ensejando correção judicial e possível indenização ao prejudicado.<sup>1698</sup><sup>1699</sup> Com efeito, diante de seu encargo legal de emitir um regulamento administrativo para a concretização de direitos aos administrados, a autoridade administrativa, ao se quedar inerte *intencionalmente*, ocasiona uma “*violação ideológica da lei*, ou por outras palavras, *a violação moral da lei*”.<sup>1700</sup>

Evidentemente que a comprovação de desvio de finalidade apresenta grandes dificuldades práticas, em especial pela necessidade de caracterização de dolo do agente responsável pela inércia normativa, pois neste caso normalmente há malícia, simulação<sup>1701</sup>, pois ou o desvio normalmente “é consumado às escondidas ou se apresenta disfarçado sob o capuz da legalidade e do interesse público”<sup>1702</sup>, razão pela qual requer, para sua

---

<sup>1695</sup> PUENTE, Marcos Gómes. *La Inactividad...*, cit., 1997. P. 84.

<sup>1696</sup> Para Caio Tácito, “A inércia da autoridade administrativa deixando de executar determinada prestação de serviço a que por lei está obrigada, lesa o patrimônio jurídico individual. É forma omissiva de abuso de poder, quer o ato seja doloso ou culposo”. TÁCITO, Caio. *O abuso...*, cit.

<sup>1697</sup> Em adaptação à tradicional e rica lição de Cirne Lima sobre o poder-dever da administração: “O fim — e não a vontade — domina todas as formas de administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a administração pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de direito”. LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo brasileiro: parte geral e parte especial*. 2ª edição. Porto Alegre: Globo, 1939. p. 22.

<sup>1698</sup> Conforme MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, cit., 1993, pp. 95-98.

<sup>1699</sup> No mesmo sentido: TÁCITO, Caio. *O abuso...*, cit.

<sup>1700</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, cit., 1993, p. 96.

<sup>1701</sup> Segundo a doutrina de Dallari, a dificuldade na prova deste vício ocorre porque “o desvio de poder nunca é confessado, somente se identifica por meio de um feixe de indícios convergentes, dado que é um ilícito caracterizado por um disfarce, pelo embuste, pela aparência da legalidade, para encobrir o propósito de atingir a um fim contrário ao direito, exigindo um especial cuidado por parte do Judiciário”. DALLARI, Adilson Abreu. *Desvio do Poder na Anulação do Ato Administrativo*. Instituto de Direito Público da Bahia. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Número 7 – julho/agosto/setembro, 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/adilson-abreu-dallari/desvio-de-poder-na-anulacao-de-ato-administrativo> Acesso em 01.03.2017.

<sup>1702</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, cit., 1993, p. 97.

identificação, um cuidadoso exame acerca de seus indícios e circunstâncias, e, também, do elemento subjetivo da conduta da autoridade competente.

Desse modo, se a Administração Pública é instada legalmente a expedir um regulamento administrativo e não o faz, sua inércia a um só tempo desqualifica a *norma-comando*, modifica seu intento e pode ainda subtrair direitos dos administrados. Se de fato a inércia administrativa resultar em prejuízo aos administrados, deve o Estado ser obrigado a reparar o dano.<sup>1703</sup> Nos casos em que a omissão normativa da autoridade competente for dolosa ou culposa, ocorrerá, como visto, uma forma mais *incomum* – mas não menos grave – de desvio de finalidade, que nesta hipótese se manifesta justamente pelo não exercício de uma prerrogativa estatal de natureza vinculada, viciando com isso a conduta administrativa e sujeitando o agente competente à responsabilização *administrativa* e eventualmente *civil*, neste último caso apenas por ocasião de possível demanda regressiva proposta em seu desfavor pelo Estado.<sup>1704</sup>

Pois bem, conforme examinado ao longo dos dois últimos tópicos, a não emanção injustificada de um regulamento administrativo contraria frontalmente o princípio da legalidade, *primeiro*, porque a norma habilitante vincula a conduta administrativa; segundo, porque o *uso* do poder regulamentar não se traduz em mera faculdade discricionária, mas num instrumento vinculado e necessário à consecução do interesse público, que por isso deve obrigatoriamente ser utilizado nas hipóteses definidas na norma *condutora*. Além disso, também é possível, em tese, enquadrar a inércia formal da Administração como desvio de finalidade, caso seja comprovado o dolo ou a culpa da autoridade administrativa *omissa*. Em todas essas situações a passividade formal da Administração, se injustificada, revela-se contrária ao princípio da legalidade. Mas não é só. O *silêncio formal* da Administração também se incompatibiliza com vários outros princípios que informam a função administrativa, entre eles o da *proporcionalidade*, que será analisado na sequência.

---

<sup>1703</sup> Segundo a doutrina tradicional de Seabra Fagundes, “a Administração Pública poderá ser responsabilizada pelo silêncio de seus agentes, quando daí resultar lesão ao interessado que teve sua pretensão não apreciada, ou apreciada com retardo”. FAGUNDES, M. Seabra. *Responsabilidade do Estado – Indenização por retardada decisão administrativa*. In Revista de Direito Público 57-58, p. 13.

<sup>1704</sup> Em sentido semelhante: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, cit., 2005, p. 348; também, DEFFIGIER, Clotilde. *L’obligation por le gouvernement de prendre les règlements d’application de La loi litoral*. RFDA, 2003, p. 116.

#### 4.5.2. O princípio da proporcionalidade como freio à inoperância normativa da Administração

Nas últimas décadas foi *descoberto* no direito alemão<sup>1705</sup>, a partir da influência do direito administrativo francês (designadamente a jurisprudência relacionada à limitação do poder de polícia)<sup>1706</sup>, um *antídoto* para *quase todos* os males do direito: o princípio da proporcionalidade. Exageros à parte, particularmente quando se cuida do controle dos atos e omissões do poder público que envolva o exercício de poderes normativos, executivos, sancionatórios e jurisdicionais, em especial quando há restrição de direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade é hoje um dos postulados mais relevantes e de uso mais frequente nos espaços de conflito.<sup>1707</sup><sup>1708</sup>

Emerge daí a necessidade de se examinar os contornos de tal princípio nesta pesquisa, tendo em vista o objetivo que se prossegue, que é desvendar as hipóteses em que a Administração Pública estaria obrigada a editar regulamentos administrativos, sobretudo aqueles necessários ao exercício de direitos fundamentais. Nesta perspectiva, saliente-se desde já que não é apenas a *desproporção positiva*, isto é, o excesso na execução de uma atividade que viola o princípio em tela, mas também o *não agir administrativo*, que, quando injustificado, revela igualmente e a seu jeito, uma desproporção juridicamente inaceitável. A ideia de proporcionalidade, ensina Jorge Miranda, “é conatural às relações

---

<sup>1705</sup> Na verdade, ensina Canotilho que o princípio da proporcionalidade “dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como *medida* para as restrições administrativas da liberdade individual. É com este sentido que a teoria do estado o considera, já no séc. XVIII, como máxima suprapositiva, e que ele foi introduzido, no séc. XIX, no direito administrativo como princípio geral do direito de polícia (...). Posteriormente, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido como princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*), foi erigido à dignidade de princípio constitucional. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, pp. 266-267.

<sup>1706</sup> Apesar da influência francesa, Tiago Macieirinha informa que ao contrário do que sucede na maioria dos ordenamentos jurídicos europeus, o princípio da proporcionalidade não recebeu consagração expressa em França, nem por via legal, nem por via jurisprudencial. Conforme MACIEIRINHA, Tiago. *Avaliar a avaliação custo-benefício: um olhar sobre a concepção francesa do princípio da proporcionalidade*. Revista *Duc In Altum – Caderno de Direito*, vol. 5, nº 7, jan-jun. 2013, p. 15.

<sup>1707</sup> SILVA, Suzana Tavares da. *O tetralema do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade*. In *Boletim da Faculdade de Direito*. Vol. LXXXVIII, Tomo II (Separata). Coimbra: Universidade de Coimbra, 2012, p. 639-678.

<sup>1708</sup> Para Novais, o princípio da proporcionalidade é o instrumento mais adequado para o controle do “dever estatal de proteção dos direitos fundamentais”. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra Editora, 2003, p. 86.

entre as pessoas”<sup>1709</sup> e, por conseguinte, conatural ao direito, porque direito nada mais é que *proporção*.<sup>1710</sup>

A partir do fim da Segunda Guerra Mundial e em razão das trágicas consequências que dela resultaram, os tribunais alemães passaram, mais e mais, a proferir decisões com vistas a restringir os poderes do legislador, sob o fundamento segundo o qual não há um poder ilimitado que possa ao seu alvedrio limitar ou mesmo retirar direitos fundamentais árdua e historicamente conquistados. Nesse plano histórico, a doutrina reconhece que *formalmente* o princípio da proporcionalidade teve origem com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, que declarou os direitos fundamentais como núcleo central de todo o ordenamento jurídico.<sup>17111712</sup>

Em vários países, a exemplo de Alemanha e Portugal<sup>1713</sup>, o princípio da proporcionalidade é previsto expressamente nas respectivas constituições. Diferentemente, a Constituição brasileira de 1988 não se refere de forma expressa a tal princípio, mas apenas *implicitamente*<sup>1714</sup>. Não obstante, no que tange particularmente à Administração Pública, a Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99) prevê expressamente

---

<sup>1709</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de...*, t. IV, 2008, p. 279.

<sup>1710</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de...*, t. IV, 2008, p. 279.

<sup>1711</sup> Nesse sentido a doutrina de NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios...*, cit., 2004, p. 161.

<sup>1712</sup> Para Guerra Filho, “A ideia subjacente à “proporcionalidade”, *Verhiiltnissmiiufigkeit*, noção dotada atualmente de um sentido técnico no direito público e teoria do direito germânicos, ou seja, a de uma limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão subrogados, confunde-se em sua origem, como é fácil perceber com o nascimento do moderno Estado de direito, respaldado em uma constituição, em um documento formalizador do propósito de se manter o equilíbrio entre os diversos poderes que formam o Estado e o respeito mútuo entre este e aqueles indivíduos a ele submetidos, a quem são reconhecidos certos direitos fundamentais inalienáveis”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, dignidade humana e princípio da proporcionalidade*. In *Direito Constitucional Contemporâneo – Homenagem ao Professor Michel Temer*. São Paulo: Editora *Quartier Latin*, 2012, p. 383.

<sup>1713</sup> Constituição Portuguesa de 1976, artigo 266.º (...) 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.

<sup>1714</sup> Guerra Filho assim se manifesta sobre o princípio da proporcionalidade, previsto apenas de forma implícita na ordem constitucional brasileira: “Além disso, nosso princípio aparece relacionado àquele que se pode considerar o problema principal a ser resolvido com a adoção de um regime constitucional pelo Estado, nomeadamente o do relacionamento entre ele, a comunidade a ele submetida e os indivíduos que a compõem, a ser regulado de forma equitativamente vantajosa para todas as partes. Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, se faz necessário não só a existência de normas para pautar essa atividade e que, em certos casos, nem mesmo a vontade de uma maioria pode derogar (Estado de direito), como também há de se reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para se ponderar até que ponto se vai dar preferência ao todo ou às partes (Princípio da Proporcionalidade), o que também não pode ir além de um certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser chamada assim”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais...*, cit., 2012, p. 386.



em seu art. 2º que “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, *razoabilidade*, *proporcionalidade* (...)”. Não bastasse, o parágrafo único do mesmo art. 2º declara, no seu inciso VI, que nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de “*adequação entre meios e fins*, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

O princípio da proporcionalidade também está presente nos sistemas jurídicos dos países da *common law*<sup>1715</sup><sup>1716</sup><sup>1717</sup>, impulsionado pela globalização econômica e pela internacionalização da proteção jurídica dos direitos humanos, tornando-se essencial enquanto “metódica de balanceamento, na promoção de um *standard* universal para o controlo do poder e a avaliação das medidas restritivas de direitos fundamentais e das que afectem expectativas legítimas”<sup>1718</sup>. Em síntese, tem-se que na atualidade o *princípio da*

---

<sup>1715</sup> Segundo Sánchez Gil, o princípio da proporcionalidade, ou mais precisamente, os critérios a ele subjacentes, são de uso comum e habitual por tribunais constitucionais da Europa (exemplo: Alemanha, Espanha e, timidamente, França) e América (exemplo: Estados Unidos e Argentina) e por jurisdições internacionais de proteção aos direitos humanos como a Europeia, a proporcionalidade é aplicada quase universalmente no mundo ocidental, sem importar a que tradição pertença o direito estadual ou se se tratam de tribunais domésticos ou internacionais. SÁNCHEZ GIL, Rúben. *El principio...*, cit., 2007, p. 01. No mesmo sentido, entre outros: MACIEIRINHA, Tiago. *Avaliar...*, cit., jan-jun. 2013, pp. 13-14.

<sup>1716</sup> Leciona Canotilho que “A convergência dos sistemas de *common law* e de direito administrativo, no ordenamento europeu, vem realçar que o princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso é, hoje, assumido como um princípio de controlo exercido pelos tribunais sobre a adequação dos meios administrativos (sobretudo coactivos) à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou interesses em conflito”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 268.

<sup>1717</sup> Ainda sobre a universalização do princípio da proporcionalidade, destaque-se o estudo elaborado pela Professora Suzana Tavares da Silva, da Universidade de Coimbra, no qual a autora explica que o princípio da proporcionalidade se propagou para toda a Europa e para os sistemas jurídicos continentais, mas não apenas, pois sua força expansiva permitiu-lhe impor-se também nos sistemas jurídicos da *Commonwealth* – seja nos que passaram a dispor de constituição escrita, como o Canadá e a África do Sul, seja naqueles que se mantiveram fiéis à não adoção de tal documento, como Israel, apresentando, é verdade, peculiaridades e mesmo algumas disparidades metodológicas entre si, sendo destacado como diferença mais marcante a existente entre o método germânico de controle da proporcionalidade e o *Wednesbury reasonableness test* do Reino Unido. A Professora Suzana Tavares faz a seguinte síntese sobre as diversas combinações entre as aplicações e concepções do princípio da proporcionalidade: “i) um *controlo único* baseado em juízos de evidência quanto à razoabilidade ou irrazoabilidade da medida (*princípio da razoabilidade*), que encontramos nos sistemas de matriz britânica onde se privilegia a expressão do legítimo poder democrático; ii) um *controlo de triplo teste*, “à alemã”, que procura uma combinação entre a *razoabilidade* e o *balanceamento*; iii) um *controlo duplo* fundado nos testes da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito, divulgado sobretudo na jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia; iv) o *controlo único* fundado no *teste da proporcionalidade em sentido restrito* (*princípio da ponderação*), mais divulgado na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em razão da doutrina da margem de livre apreciação; e, ainda, v) o *teste da necessidade* (*reasonably available alternative test*), especialmente relevante nos espaços de integração económica, com particular destaque para a OMC e para algumas decisões da arbitragem do investimento”. SILVA, Suzana Tavares da. *O tetralemma...*, cit., 2012, p. 639-678.

<sup>1718</sup> SILVA, Suzana Tavares da. *O tetralemma...*, cit., 2012, p. 639-678.

*proporcionalidade*<sup>1719</sup>, para além de outras funções, é uma importante ferramenta para a interpretação e aplicação congruente do direito, pois o ordenamento jurídico não deve se contentar apenas com o cumprimento formal do direito, mas, antes, que o direito aplicado “seja claro, criado de boa-fé, materialmente adequado e sobretudo justo”.<sup>1720</sup>

Independentemente de estar previsto de forma expressa ou apenas implicitamente nos textos constitucionais, há autores que sustentam que o princípio da proporcionalidade reivindica “reconhecimento como princípio geral do direito”<sup>1721</sup><sup>1722</sup>, verdadeiro sustentáculo do estado democrático de direito<sup>1723</sup>, dada sua intrínseca conexão com a “garantia dos direitos fundamentais e a limitação do poder político”<sup>1724</sup><sup>1725</sup>; já outros sustentam que a proporcionalidade sequer é um *princípio*, mas apenas “uma pauta, um critério de interpretação”.<sup>1726</sup> Para estes, a proporcionalidade não passaria de um novo nome dado à *equidade*.<sup>1727</sup>

---

<sup>1719</sup> Esclareça-se que, no que tange à nomenclatura do princípio, no Direito alemão utiliza-se frequentemente e de forma indistinta as expressões *proporcionalidade* e *proibição de excesso*. Nos Estados Unidos há preferência pelo vocábulo *reasonness*, sendo certo que o significado de tal princípio para os americanos nem sempre se adequa perfeitamente à proporcionalidade oriunda do sistema jurídico alemão. (Conforme SULLIVAN, Kathleen M.; GUNTHER, Gerald. *Constitutional Law*. Seventeenth Edition. Foundation Press, 2011). Desde 1993, quando se referiu pela primeira vez sobre o assunto, a Corte Suprema brasileira tem adotado a denominação princípio da proporcionalidade, embora acrescente aqui e acolá o vocábulo razoabilidade à frente (princípio – *no singular* – da proporcionalidade e razoabilidade). No mencionado julgamento, a Corte Suprema decidiu que uma lei estadual obrigando a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor no momento da compra constituía “violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade”. Vejamos: “EMENTA - Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição a vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença a menor: arguição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §§, 25, § 2º, 238, além de violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da arguição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis a economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida. (STF, ADI-MC 855/PR, Rel. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 01.10.1993).”

<sup>1720</sup> SÁNCHEZ GIL, Rúben. *El principio...*, cit., 2007, pp. 17-18.

<sup>1721</sup> CANAS, Vitalino. *Proporcionalidade (Princípio da)*. In Dicionário Jurídico da Administração Pública. 6º vol. Lisboa: DJAP, 1994, p. 594.

<sup>1722</sup> De simples instrumento de poder, o Direito passou a ser uma garantia contra o abuso de seu exercício, com diversos graus de sujeição para a atividade estatal. SÁNCHEZ GIL, Rúben. *El principio...*, cit., 2007, p. 16.

<sup>1723</sup> Para Weida Zancaner, “o Estado Social e Democrático de Direito não pode ser concebido à margem dos princípios da razoabilidade e da moralidade, pois ambos são seus elementos caracterizadores”. ZANCANER, Weida. *Razoabilidade...*, cit., 2001.

<sup>1724</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual...*, t. IV, cit., 2000, p. 205.

<sup>1725</sup> Expresso no ordenamento jurídico ou não, há autores que afirmam que o princípio da proporcionalidade extrai seu fundamento “na proibição de arbitrariedade implícita em todo ordenamento jurídico constitucional democrático”. SÁNCHEZ GIL, Rúben. *El principio...*, cit., 2007, p. 121.

<sup>1726</sup> GRAU, Eros Roberto. *Equidade, Razoabilidade, proporcionalidade e princípio da moralidade*. In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, nº 3, Porto Alegre, 2005, pp. 17-26.

<sup>1727</sup> GRAU, Eros Roberto. *Equidade...*, cit., 2005, pp. 17-26.

A *justiça*<sup>1728</sup>, que é um dos principais valores do direito, ensina Canotilho, “se funda precisamente numa determinada ‘proporção’ entre as coisas, cuja transgressão torna injusta sua relação, ou seja, a torna *desproporcional*”.<sup>1729</sup><sup>1730</sup> O princípio da proporcionalidade, portanto, é o mecanismo adequado a buscar essa proporção, pois propicia encontrar a solução mais apropriada do ponto de vista da justiça em relação aos choques entre bens jurídicos ou direitos fundamentais<sup>1731</sup> e ainda no controle da função administrativa, em especial nos casos de omissão. De fato, quando se cuida da inatividade administrativa o princípio da proporcionalidade perspectiva um garantismo positivo, que adiante será detalhado, do qual emana uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*), assim entendida a não adoção pela Administração Pública de providências que lhe foram confiadas legalmente, necessárias à proteção de direitos dos administrados.

O conceito de proporcionalidade é uma noção geral que pode aplicar-se e compreender-se sem problemas em qualquer área do conhecimento humano e não exclusivamente no plano jurídico.<sup>1732</sup> Proporcionalidade é uma qualidade percebida pelo ser humano na natureza e comprovada formalmente através de procedimentos matemáticos e outras investigações. Consiste, pois, em uma “relação adequada entre coisas diversas, e evoca as ideias de ‘ordem’ e ‘harmonia’ entre elas”.<sup>1733</sup><sup>1734</sup>

Pois bem, a jurisprudência constitucional alemã estruturou o princípio da proporcionalidade em três subprincípios independentes, que pressupõem uma análise da

---

<sup>1728</sup> Para Freitas do Amaral, justiça “é o conjunto de valores que impõem ao Estado e a todos os cidadãos a obrigação de dar a cada um o que lhe é devido, em função da dignidade da pessoa humana”. AMARAL, Diogo Freitas do. *O princípio da justiça no art. 266 da Constituição*. In Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Rogério Soares, 2001, Coimbra: Almedina, p. 689.

<sup>1729</sup> SÁNCHEZ GIL, Rúben. *El principio...*, cit., 2007, pp. 13-14.

<sup>1730</sup> No mesmo sentido Sánchez Gil, para quem a ideia de justiça, o valor jurídico por excelência, implica a proporcionalidade na relação dos interesses e bens protegidos pelo direito. SÁNCHEZ GIL, Rúben. *El principio...*, cit., 2007, p. 120.

<sup>1731</sup> Para Sánchez Gil, “O princípio da proporcionalidade é o instrumento metodológico adequado para resolver as colisões que, em determinadas situações, parecem enfrentar os princípios constitucionais – em especial os direitos fundamentais – ao estabelecer uma relação na qual satisfazer a um leva ao prejuízo do outro”. SÁNCHEZ GIL, Rúben. *El principio...*, cit., 2007, p. 121.

<sup>1732</sup> Segundo Sánchez Gil, “Ao menos para a consciência ou a intuição humana, existem entre as coisas proporções ‘devidas’ que adequam sua relação, objetivamente determináveis, fora das quais sua vinculação se revela inaceitável”. SÁNCHEZ GIL, Rúben. *El principio...*, cit., 2007, pp. 09-11.

<sup>1733</sup> SÁNCHEZ GIL, Rúben. *El principio...*, cit., 2007, p. 09.

<sup>1734</sup> Para Novais, trata-se, essencialmente, “de indagar acerca da adequação (proporção) de uma relação entre dois termos ou entre duas grandezas variáveis e comparáveis”. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições...*, cit., 2003, p. 752.

adequação de meios ou conformidade (*Geeignetheit*)<sup>1735</sup>, da necessidade ou exigibilidade (*Erforderlichkeit*)<sup>1736</sup> e da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*)<sup>1737</sup>. Esses elementos são aplicados em uma ordem pré-definida, e conferem à regra da proporcionalidade a *individualidade* que a diferencia, claramente, da mera exigência de razoabilidade<sup>1738</sup><sup>1739</sup>. Mas com a universalização do princípio da proporcionalidade, vários países o incorporaram a seus ordenamentos com contornos próprios, fazendo com que sejam reconhecidas na atualidade várias metódicas da proporcionalidade.<sup>1740</sup>

O subprincípio da adequação ou conformidade – ou ainda idoneidade – se desenvolve em duas vertentes para determinar a licitude de uma intervenção em um direito fundamental: 1) aquela medida legislativa deve ter um fim legítimo; e 2) deve ser objetivamente idônea ou adequada para realizá-lo.<sup>1741</sup> Em outras palavras, a adequação determina que, dentro do *faticamente* possível, o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido, mostrando-se, assim, "adequado".<sup>1742</sup>

Já o subprincípio da *necessidade*, *exigibilidade* ou *indispensabilidade* sinaliza que a medida legislativa que restrinja um direito fundamental seja estritamente indispensável

---

<sup>1735</sup> O princípio da conformidade ou adequação, segundo Canotilho, “impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é *apto* para e *conforme* os fins justificativos da sua adopção (*Zielkonformität*, *Zwecktauglichkeit*). Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, pp. 269-270.

<sup>1736</sup> O princípio da exigibilidade ou da necessidade se assenta na ideia de que “o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 270.

<sup>1737</sup> Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido restrito indica que “Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à ‘carga coactiva’ da mesma”. O princípio aqui é entendido como “princípio da justa medida. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 270.

<sup>1738</sup> DA SILVA, Luís Virgílio Afonso. *O proporcional e o razoável*. São Paulo: RT 298, 1991, p. 30.

<sup>1739</sup> Para Aldo Sandulli, a proporcionalidade possui três elementos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A adequação, diz ele, é um antecedente lógico dos demais elementos, e se caracteriza pela escolha idônea e acertada dos meios utilizados para a busca do fim público. SANDULLI, Aldo. *La proporzionalità dell'azione amministrativa*. Milão, 1998, p. 367.

<sup>1740</sup> Por isso a conclusão de Suzana Tavares da Silva: “Assim, ao falar em *metódica da proporcionalidade* hoje não pode ser uma referência só ao teste triplo, *nem* só ao teste da razoabilidade, *nem* à necessária combinação de ambos em simultâneo, mas sim um exercício prévio de adequação da escolha do teste ao objecto de controlo – é este o *tetralemma* do princípio da proporcionalidade”. SILVA, Suzana Tavares da. *O tetralemma...*, cit., 2012, p. 639-678.

<sup>1741</sup> SÁNCHEZ GIL, Rúben. *El principio...*, cit., 2007, p. 40.

<sup>1742</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais...*, cit., 2012, p. 382; também RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. *El control...*, cit., 2004, p. 314, entre outros.

para satisfazer o fim que aqueles pretendem proteger, porque: 1) é a menos gravosa para o direito afetado, entre diversas opções igualmente idôneas para conseguir o fim mencionado; ou 2) não existem opções para satisfazer o fim perseguido ou as disponíveis afetam o aludido direito em uma medida maior<sup>1743</sup>, ou seja, não exista alguma alternativa que com menor sacrifício do direito fundamental sacrificado logre o mesmo benefício para a promoção da finalidade perseguida pela medida legislativa.<sup>17441745</sup>

Por sua vez, o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* supõe uma valoração entre um direito fundamental ou princípio constitucional e o fim legislativo que origina seu prejuízo, através do exame dos gravames que se impõem reciprocamente e exigindo que o direito fundamental não se prejudique em uma intensidade maior a do benefício que a ordem jurídica obtém com ele.<sup>17461747</sup>

Embora destaque que o sentido mais geral da *proibição do excesso* é evitar cargas coativas excessivas ou atos de ingerência desmedida na esfera jurídica de particulares, Canotilho põe em evidência outra face do princípio da proporcionalidade que, “em vez de salientar o *excesso*, releva a *proibição por defeito (Untermassverbot)*”<sup>1748</sup>, que ocorre quando entidades que legalmente possuem o dever de proteger algum direito fundamental não adotam as necessárias medidas de proteção.<sup>1749</sup>

---

<sup>1743</sup> SÁNCHEZ GIL, Rúben. *El principio...*, cit., 2007, p. 45; RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. *El control...*, cit., 2004, p. 334.

<sup>1744</sup> SÁNCHEZ GIL, Rúben. *El principio...*, cit., 2007, p. 122.

<sup>1745</sup> Por necessidade ou exigibilidade deve-se entender que o meio escolhido “deve se mostrar ‘exigível’, o que significa não haver outro, igualmente eficaz, e menos danoso a direitos fundamentais”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais...*, cit., 2012, p. 382.

<sup>1746</sup> SÁNCHEZ GIL, Rúben. *El principio...*, cit., 2007, p. 122; RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. *El control...*, cit., 2004, p. 346.

<sup>1747</sup> Adverte Alexy que o princípio da proporcionalidade em sentido estrito deixa formular-se como uma norma de ponderação, cuja forma mais simples no que tange aos direitos fundamentais é a seguinte: “quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem pesar os fundamentos que a justificam”. Esclarece ainda o autor alemão que de acordo com a norma de ponderação, esta deve realizar-se em três graus: no primeiro deve ser determinada a intensidade da intervenção. No segundo grau trata-se, então, dos fundamentos que justificam a intervenção. Somente no terceiro grau é que se realiza, então, a ponderação no sentido restrito e verdadeiro. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo...*, cit., 2007, pp. 67-68.

<sup>1748</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 273.

<sup>1749</sup> Vejamos as palavras do mestre português: “Existe um defeito de proteção quando as entidades sobre quem recai um *dever de proteção (Schutzpflicht)* adoptam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. Podemos formular esta ideia usando uma formulação positiva: o estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais. A verificação de uma *insuficiência de juridicidade estatal* deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 273.

Nessa linha, caso a Administração Pública disponha dos meios necessários para a concretização de direitos fundamentais, sua eventual inércia é ilícita, por ser causa suficiente de violação ao princípio da proibição por defeito ou proibição da insuficiência.<sup>1750</sup> A Administração Pública, portanto, deve adotar medidas formais – e também materiais – para cumprir seu papel constitucional de garantir a fruição de direitos fundamentais que dela dependem, protegendo, com uma atuação proativa e eficaz, os direitos acautelados pela Constituição. Neste aspecto, reconhece-se que no direito administrativo interno o princípio da proporcionalidade tem encontrado seu “verdadeiro *habitat* na aplicação de seu conteúdo à atividade *formal* da Administração”<sup>1751</sup>. Em consequência, a não expedição de regulamentos administrativos para a fruição de direitos é violadora do princípio da proporcionalidade, porque esbarra na proibição de insuficiência que dele decorre.

Ainda nesta perspectiva, a estrutura do princípio da proporcionalidade, ensina Streck, não aponta apenas para a sinalização de um *garantismo negativo* (proteção contra os excessos do Estado), mas também para uma espécie de *garantismo positivo*, no qual a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, isto é, não agir na proporção necessária à proteção de um direito fundamental.<sup>1752</sup> A proporcionalidade possui, pois, “uma dupla face: de proteção positiva e de proteção contra as omissões estatais”<sup>1753</sup>, de modo que devem ser sancionados os excessos praticados pelas autoridades públicas, sobretudo no exercício de atividades discricionárias, assim como a sua *inoperância*, em especial quando dela decorrerem violações de direitos dos administrados. Em consequência, os atos normativos da Administração devem dar concretude aos direitos a ela confiados, sob pena de a eventual

---

<sup>1750</sup> Assim: CLÉRICO, Laura. *Verhältnismässigkeitsgrundsatz und Untermassverbot in Sieckmann*, Jan-R (org.). *Die prinzipientheorie der grundrechte*. Baden-Baden: Nomos. 2007, pp. 159-161; HANAU, Hans. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004, p. 67 e ss.

<sup>1751</sup> RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. *El control...*, cit., 2004, p. 234.

<sup>1752</sup> STRECK, Lenio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. In *Revista da AJURIS*, v. 32, nº 97. Porto Alegre: AJURIS, março de 2005, p. 179.

<sup>1753</sup> Conforme Streck, “Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador”. STRECK, Lenio Luiz. *A dupla face...*, cit., 2005, p. 179.

inatividade administrativa sofrer necessário controle de proporcionalidade pelo Poder Judiciário.<sup>1754</sup>

Para além do princípio da *legalidade*, que impõe à Administração Pública a obrigação de concretizar o sentido da lei, o princípio da proporcionalidade busca o *equilíbrio* da atuação administrativa, vedando excessos dos administradores e, por outro lado, proibindo também omissões injustificadas, sobretudo aquelas de natureza *formal* que impedem a fruição de direitos por particulares. Portanto, o princípio da proporcionalidade impõe pautas de decisão aos órgãos estatais que necessitam enfrentar a colisão de princípios e/ou ainda a concretização de direitos dos administrados com o objetivo de harmonizar sua satisfação<sup>1755</sup>, sinalizando para uma tomada de decisão equilibrada, tempestiva e proativa, buscando com isso “a justa medida”<sup>1756</sup>, isto é, “a adequação material ou de razoabilidade”<sup>1757</sup> no exercício da função administrativa. O controle de proporcionalidade, portanto, permite na seara administrativa uma valoração dos “limites da atuação administrativa”<sup>1758</sup>, de modo a combater eventuais excessos e também – talvez principalmente – *abusivas* omissões que causem danos aos administrados.

Sabe-se que ao Estado constitucional são inerentes as proibições de arbitrariedade e de excesso, que conduzem a um exercício razoável do poder público, promovido no âmbito social através da ordem jurídica<sup>1759</sup>. Por isso, não se pode admitir como normal a inatividade normativa da Administração que costumeiramente persevera por *meses* e até *anos*, muitas vezes subtraindo ilegitimamente direitos fundamentais aos administrados. Com efeito, o processo legislativo de discussão e feitura de uma lei pelo Parlamento estabelecendo direitos aos administrados pode levar anos e até décadas; quando a lei é finalmente aprovada e o *direito se aproxima* de seus destinatários, a Administração, a par de sua competência acessória para dar concretude à norma, silencia de forma arbitrária e inconsequente, virando as costas de uma só vez para o Parlamento e para os administrados.

Se a ideia de proporcionalidade é uma noção geral que alude a uma relação harmônica entre objetos diferentes, às vezes contrapostos, em uma determinada

---

<sup>1754</sup> Assim, RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. *El control...*, cit., 2004, pp. 710-711.

<sup>1755</sup> SÁNCHEZ GIL, Rúben. *El principio...*, cit., 2007, p. 01.

<sup>1756</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual...*, t. IV, cit., 2008, p. 285.

<sup>1757</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições...*, cit., 2003, p. 753.

<sup>1758</sup> RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. *El control...*, cit., 2004, p. 47.

<sup>1759</sup> SÁNCHEZ GIL, Rúben. *El principio...*, cit., 2007, p. 18.

situação<sup>1760</sup>, a Administração Pública, ao não agir quando há uma norma a impulsioná-la e dispondo de meios para tanto, atua em clara desarmonia com a ordem jurídica estabelecida, eivando seu comportamento de ilicitude. Tal inatividade, além de ilegal também é ilegítima, pois contraria diretamente o comando adveniente da norma habilitante e ao mesmo tempo ofende vários princípios que informam a atividade administrativa, dentre os quais o da proporcionalidade.

A *proporcionalidade* e sobretudo a *razoabilidade* têm o papel de determinar a coerência do sistema jurídico. A falta de coerência e de racionalidade de qualquer lei, ato administrativo ou decisão jurisdicional gera vício de *ilegitimidade*, pois o “Direito é feito por seres e para seres racionais, para ser aplicado em um determinado espaço e em uma determinada época”.<sup>1761</sup> A *falta de coerência* da inatividade normativa da Administração frente a uma exigência legal ou constitucional de ação é evidente e *irrazoável*. Trata-se de uma anomalia que ofende uma das principais características de um sistema jurídico moderno e eficaz: a coesão de suas normas.

As ações e omissões da administração necessitam de parâmetros de controle, para que a função administrativa seja exercida em consonância com as regras legais e princípios jurídicos. Em outras palavras, como a atuação proativa e em tempo razoável é pressuposto necessário ao alcance de uma *boa administração*<sup>1762</sup>, o direito deve fornecer mecanismos para a fiscalização da atividade administrativa com vistas a atingir este objetivo. Esse talvez seja o papel mais relevante do princípio da proporcionalidade na *seara administrativa* em nossos dias: ser um instrumento hábil não só para coibir excessos, mas também para fiscalizar e sancionar omissões.<sup>1763</sup>

Nesse sentido, a não emissão de um regulamento administrativo pela Administração nas hipóteses em que esteja vinculada deve passar necessariamente por um exame de proporcionalidade<sup>1764</sup>, pois as “desproporções – para mais ou para menos –

---

<sup>1760</sup> SÁNCHEZ GIL, Rúben. *El principio...*, cit., 2007, p. 120.

<sup>1761</sup> ZANCANER, Weida. *Razoabilidade...*, cit., 2001.

<sup>1762</sup> Uma boa administração, para Rogério Soares, “é uma justa Administração”. SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse...*, MCMLV, p. 146.

<sup>1763</sup> No dizer de Canotilho: “Trata-se, afinal, de um controlo de natureza *equitativa* que, não pondo em causa os poderes constitucionalmente competentes para a prática de actos autoritativos e sem afectar a certeza do direito, contribui para a integração do ‘momento de justiça’ no palco da conflitualidade social”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 269.

<sup>1764</sup> Para Freitas, O princípio da proporcionalidade não estatui simples adequação *meio-fim*. Para ser preciso, a ofensa à proporcionalidade ocorre, com frequência, quando, na presença de valores legítimos a sopesar, o



caracterizam violações ao princípio e, portanto, *antijuridicidade*<sup>1765</sup><sup>1766</sup>. Assim, diante da mora circunstancial da Administração no que tange ao seu encargo de expedir regulamentos para a realização de direitos, deverá ser verificado se no caso concreto havia algum obstáculo jurídico ou material a justificar a inércia normativa. Não havendo, a passividade normativa será desproporcional e desarrazoada e, portanto, *ilegítima*.<sup>1767</sup>

Por fim, como as relações jurídicas existentes entre a Administração Pública e os particulares geram para ambos direitos e obrigações, cabe ao poder público, visando manter equilibradas tais relações, reparar eventuais danos ocasionados por sua atuação contrária ao direito, sempre que os prejuízos causados afetarem “a um indivíduo de maneira desigual e desproporcional”, acarretando-lhe um sacrifício injusto.<sup>1768</sup> A não expedição pela Administração de um regulamento administrativo necessário ao gozo de direitos pelos administrados é um grave ponto de desequilíbrio na *relação jurídica administrativa*, que deve ser corrigido pela própria Administração, com base no princípio da autotutela, ou pelo Poder Judiciário, mediante provocação. Quando desta *inatividade ilícita* decorrerem danos injustos a particulares a reparação se impõe, como medida de inteira justiça.

#### **4.5.2.1. A razoável duração do processo como mandamento constitucional para o agir administrativo**

Neste tópico, importa ainda destacar outro aspecto relacionado ao princípio da proporcionalidade: a morosidade por parte da Administração na expedição de regulamentos administrativos para a complementação e/ou execução das leis. Tal demora, além de lesar o direito dos administrados, revela uma peculiar maneira de o Poder

---

agente público dá prioridade a um deles, em detrimento abusivo de outros. Não por acaso, o princípio da proporcionalidade avulta no cotejo dos direitos fundamentais. Comum, no entanto, que haja sacrifícios aceitáveis na aplicação do direito público. O vício ocorrerá somente na instauração do sacrifício iníquo. FREITAS, Juarez. *Responsabilidade...*, cit., 2006, p. 173.

<sup>1765</sup> FREITAS, Juarez. *Responsabilidade...*, cit., 2006, p. 172.

<sup>1766</sup> Também, nesse sentido, NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições...*, cit., 2003, p. 753.

<sup>1767</sup> Nota explicativa: utilizamos a palavra *ilegitimidade* nesta pesquisa para fazer referência ao comportamento que viola um *princípio*; já o termo *ilegalidade* é empregado quando a contrariedade refere-se a uma *regra*. Evidentemente que tanto a *ilegalidade* quanto a *ilegitimidade* revelam a *ilicitude* (ou *antijuridicidade*) de uma conduta administrativa.

<sup>1768</sup> MAYER, Otto. *Derecho...*, cit., 1982, p. 217.

Executivo esvaziar a vontade do legislador, reduzindo a importância do parlamento.<sup>1769</sup> Nesse horizonte, é possível afirmar que para realmente produzir os efeitos desejados pelo legislador, não basta a lei ingressar no mundo jurídico; deve, quando necessário, ser pronta e obrigatoriamente concretizada pelo Poder Executivo, sob pena de a inércia administrativa caracterizar verdadeira afronta ao princípio da separação de poderes, além, claro, de eventualmente causar danos na esfera pessoal dos administrados.

Quando há uma norma jurídica a impor a execução de atividades em favor do administrado, este passa a ter um direito subjetivo à decisão célere e eficiente do poder público, que, por conta da vinculação própria que emana dos direitos fundamentais, não pode se negar a cumprir suas atribuições ou, de forma diversa, cumpri-la, mas num prazo despropositado e incompatível com o senso de justiça e a ideia de boa administração. A conduta diligente que se espera do poder público na efetivação dos direitos fundamentais é uma premissa que decorre do estado democrático de direito, que, vale lembrar, *deve estar a serviço do indivíduo e não o contrário*.<sup>1770</sup>

Assim, se houver uma norma legal impondo que a Administração expeça um regulamento no prazo, por exemplo, de 90 (noventa) dias<sup>1771</sup>, o ato normativo reclamado deve entrar no mundo jurídico no aludido prazo, sob pena de violação aos princípios da legalidade, proporcionalidade e eficiência, entre outros. No entanto, caso o ordenamento jurídico imponha a edição de um regulamento administrativo sem a delimitação de um *período* para tanto, a tardança injustificada também viciará a conduta administrativa. Isso é o que determina o princípio da razoável duração do processo, conforme será demonstrado.<sup>1772</sup>

---

<sup>1769</sup> GUIBAL, Michel. *Le retard des textes d'application des lois*. N° 4, RDP, 1974, p. 1043.

<sup>1770</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito fundamental à razoável duração do processo judicial e administrativo*. In Seleções Jurídicas, Julho 2000, COAD, pp. 12-22.

<sup>1771</sup> Evidentemente que dentro deste suposto prazo de 90 dias especificado pela *norma-comando* possui a Administração Pública discricionariedade para definir o momento mais oportuno para expedir a norma faltante.

<sup>1772</sup> O novo Código do Procedimento Administrativo vigente em Portugal traz uma importante norma sobre a ausência de prazo legal para a emissão de regulamento administrativo. *Verbis*:

Art. 137º

1 - Quando a adoção de um regulamento seja necessária para dar exequibilidade a ato legislativo carente de regulamentação, o prazo para a emissão do regulamento é, no silêncio da lei, de 90 dias.

2 - Se o regulamento não for emitido no prazo devido, os interessados diretamente prejudicados pela situação de omissão podem requerer a emissão do regulamento ao órgão com competência na matéria, sem prejuízo da possibilidade de recurso à tutela jurisdicional.

No Brasil, a histórica ineficiência na prestação de serviços públicos aliada à insatisfação social<sup>1773</sup> relativamente à qualidade dos serviços recebidos do Estado fizeram com que o Parlamento promulgasse, em 2005, a Emenda Constitucional nº 45, que, dentre várias inovações, introduziu na ordem constitucional brasileira, dentro do rol das garantias fundamentais, o princípio da *razoável duração do processo*, insculpido no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição de 1988, que assim proclama: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.<sup>17741775</sup>

A *rigor* não haveria necessidade de introdução de mais um dispositivo exigindo uma atuação diligente e zelosa da Administração<sup>1776</sup>, haja vista que o art. 37 da Constituição relaciona os princípios constitucionais que informam a função administrativa, dentre os quais o da *eficiência*, que será abordado à frente, em tópico próprio. Na verdade, mesmo antes da mencionada alteração constitucional a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>1777</sup> já reconhecia a existência do princípio da razoável duração do

---

<sup>1773</sup> A morosidade e ineficiência na prestação de serviços públicos no Brasil não é novidade. O que há de novo é que os cidadãos deste início de século, marcado pela velocidade de processos tecnológicos interligados e fluidos dos quais emana vasta informação, já não toleram resignados a inoperância da Administração Pública brasileira que *teima* em viver num mundo paralelo, atrasado e distante da realidade.

<sup>1774</sup> Além da previsão expressa no art. 5º, LXXVIII, da Constituição brasileira de 1988; o princípio da razoável duração do processo está consagrado em diversas normas internacionais, a exemplo do art. 6º/1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; o § 1º do art. 8º da Convenção Americana dos Direitos Humanos e Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948 (artigos XVIII e XXIV), dentre outras.

<sup>1775</sup> Segundo Slaibi Filho, “Poder-se-ia dizer que a norma declara o direito fundamental de todos à eficiente realização do processo pelo qual se leva o pedido à cognição judicial ou administrativa: é, assim, direito ao processo eficiente, muito além que o simples direito ao processo.”. SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito fundamental...*, cit., Julho 2000, pp. 12-22.

<sup>1776</sup> Assim que foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45/2004, José Afonso da Silva já acentuava sobre a desnecessidade do dispositivo incorporado, ao afirmar que “o acesso à justiça só por si já inclui uma prestação jurisdicional em tempo hábil para garantir o gozo do direito pleiteado – mas crônica morosidade do aparelho judiciário o frustrava; daí criar-se mais essa garantia constitucional, com o mesmo risco de gerar novas frustrações pela sua ineficácia, porque não basta uma declaração formal de um direito ou de uma garantia individual para que, num passe de mágica, tudo se realize com declarado”. SILVA, José Afonso da. *Curso de...*, cit., 2005, p. 432.

<sup>1777</sup> (...) O exame da garantia constitucional do “*due process of law*” permite nela identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas; (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) *direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas*; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (...) (STF, MS 26358 MC/DF, relator Ministro Celso de Mello, publicado em 2/03/2007).

processo, como uma natural consequência do princípio do devido processo legal, consagrado nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição de 1988.<sup>1778</sup>

Embora a gênese do princípio da *razoável*<sup>1779</sup> duração do processo esteja relacionada ao exercício das competências do Poder Judiciário, o princípio insculpido no art. 5º, LXXVIII da Constituição de 1988 também abrange o exercício da função administrativa do Estado, embora, como antes mencionado, tal nem fosse necessário, pois um dos princípios que orientam a atividade administrativa no sistema jurídico brasileiro é o da *eficiência*, que se conxiona, feito *unha e carne*, à demora injustificada da administração no cumprimento de suas atribuições legais.

O dispositivo constitucional em apreço utiliza as expressões "razoável duração" e "celeridade de sua tramitação". De acordo com Sérgio Bermudes, é exatamente a celeridade da tramitação que alcança a duração razoável, ou seja, a duração estritamente necessária à conclusão do processo, “sem prejuízo do direito das partes e terceiros de deduzirem as suas pretensões, mas sem delongas que retardem a prestação jurisdicional ou administrativa postulada”.<sup>1780</sup>

Para se chegar à conclusão acerca de eventual demora da Administração para a edição de um regulamento administrativo é necessário fazer uma análise do caso concreto, pois há hipóteses em que o procedimento é naturalmente mais moroso enquanto outros são marcados pela *simplicidade*. A análise pontual da *complexidade* do regulamento, portanto, é que permitirá a formação de um adequado juízo de valor sobre a *razoabilidade* do prazo para sua confecção. Concluindo-se que a mora na expedição do regulamento faltante é desarrazoada e, pois, injustificada, o comportamento da Administração é ilegítimo e deve

---

<sup>1778</sup> CF/1988, art. 5º (...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

<sup>1779</sup> O vocábulo “razoável” remonta uma *abstratividade* singular, a partir da qual, ensina José Afonso da Silva, a ponderação sobre o que é ou não razoável precisa ser feita subjetivamente, valorando aspectos pontuais de cada caso concreto, uma vez que o prazo razoável para uma determinada causa – ou decisão administrativa – pode não o ser para outra, de contornos distintos. SILVA, José Afonso da. *Curso...*, cit., 2005, pp. 432-433.

<sup>1780</sup> Para Bermudes, “A celeridade da tramitação traduz-se na presteza da prática de cada ato do processo, porquanto a demora na prática de um deles repercute, negativamente, no conjunto, como acontece com a retenção de um trem num dos pontos de parada do seu percurso. Atos praticados celeremente asseguram a duração razoável, senão rápida do processo, o qual outra coisa não é, desde a etimologia, que um conjunto de atos que se sucedem para a consecução de determinado fim”. BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 11.

ser sancionado, pois decisão tardia é decisão *ineficiente*, que “deserve aos seus propósitos”.<sup>1781</sup>

A morosidade excessiva, injustificável e desnecessária na edição de um regulamento administrativo, além de ilegítima, possui aptidão para causar lesão injusta aos direitos do administrado, circunstâncias jurídicas suficientes para a caracterização de *mora indenizável*, bastando para tanto a presença dos pressupostos da responsabilidade civil, em especial o *dano*, conforme será destacado no momento próprio.

No âmbito administrativo, como visto, o princípio da razoável duração do processo não pode ser dissociado do princípio da eficiência. Ambos devem servir de norte para uma atividade administrativa compatível com a ideia de *boa administração*, isto é, uma atuação diligente, proativa, zelosa e acima de tudo tempestiva. E o que se propõe no tópico seguinte é precisamente fazer uma abordagem da *inatividade formal* da Administração frente a um dos princípios administrativos expressos na Carta brasileira de 1988: o princípio da eficiência.

#### **4.5.3. A não expedição de regulamentos administrativos à luz do princípio constitucional da eficiência**

O mais recente dos princípios administrativos incorporados ao *caput* do art. 37 da Constituição brasileira de 1988 é o da *eficiência*, introduzido pela Emenda Constitucional n.º 19/1998<sup>1782</sup><sup>1783</sup>, que buscou estabelecer um novo paradigma para a Administração: o dever de prestar serviço público de qualidade. A ideia de se elevar a *eficiência* a princípio constitucional da Administração Pública indicava, segundo Bresser Pereira, que a democracia brasileira deveria ser aprimorada para se tornar mais participativa ou mais direta, e que a Administração Pública burocrática precisaria ser substituída por uma

---

<sup>1781</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito fundamental...*, cit., Julho 2000, pp. 12-22.

<sup>1782</sup> Deve-se registrar que antes da promulgação da Constituição de 1988, o Decreto-Lei n. 200/1967, que dispõe sobre a organização da administração pública federal e estabelece diretrizes para a reforma Administrativa, já havia mencionado sobre o princípio da eficiência, ao dispor no art. 26 que a supervisão ministerial exercida sobre a administração indireta deveria assegurar, dentre outras coisas, a “a eficiência administrativa”.

<sup>1783</sup> A Lei n. 9.784, de 29.1.1999, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito federal, também fez referência, agora de forma expressa, ao princípio da eficiência como sendo um dos princípios norteadores da Administração Pública. Vejamos: Lei n.º 9.784/1999, Art. 2º “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e *eficiência*”.

administração gerencial, que fosse orientada para servir ao cidadão e para a obtenção de melhores resultados<sup>1784</sup>. A constitucionalização do princípio da eficiência deve ser reconhecida como um importante passo para combater o formalismo exagerado e a burocracia injustificada *desde sempre* existentes no cenário jurídico-administrativo brasileiro, que se apresentam nos dias atuais como grandes empecilhos para uma adequada prestação de serviços à sociedade.

O novo Código do Procedimento Administrativo de Portugal, aprovado pelo Decreto-Lei nº 4/2015, de 7 de janeiro, consagra os princípios da prossecução do interesse público<sup>1785</sup> e da boa administração<sup>1786</sup><sup>1787</sup>, impondo à Administração Pública a realização da função administrativa pautada por critérios de eficiência, economicidade e celeridade; para tanto, determina que a Administração deve ser organizada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada. A Administração Pública, portanto, “não possui a faculdade de mal administrar, nem lhe é admissível uma postura de indiferença sobre o modo como prossegue o interesse público”.<sup>1788</sup>

No âmbito do direito europeu, a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais (CEDF) consagra a ideia de eficiência no art. 41º da CEDF<sup>1789</sup>, bem como o direito à

---

<sup>1784</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Gestão do setor público; estratégia e estrutura para um novo Estado*. In Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. (Orgs.) PEREIRA, Luiz Carlos Bresser et al. Rio de Janeiro: FGV, 1998, pp. 25-27.

<sup>1785</sup> Artigo 4.º Princípio da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos:

“Compete aos órgãos da Administração Pública prosseguir o interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.”

<sup>1786</sup> Artigo 5.º Princípio da boa administração:

“1 - A Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, economicidade e celeridade.

2 - Para efeitos do disposto no número anterior, a Administração Pública deve ser organizada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada.”

<sup>1787</sup> Conforme Assis Raimundo, o teor do artigo 5.º, do CPA, informa a existência de um “comando geral de sujeição da atividade administrativa aos critérios da eficiência, economia (ou “economicidade”) e celeridade”. RAIMUNDO, Miguel Assis. *Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular*. In Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo (coord. Carla Amado Gomes, Fernanda Neves e Tiago Serrão), Lisboa: AAFDL, 2015, p. 164.

<sup>1788</sup> Conforme OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Volume I, Coimbra: Almedina, 2016, p. 78.

<sup>1789</sup> CEDF, artigo 41.º Direito a uma boa administração:

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas Instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

2. Este direito compreende, nomeadamente:

– o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente;

– o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial;

reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.<sup>1790</sup> Analisando o art. 41º da CEDF, Cláudia Viana afirma que em um plano objetivo, o direito fundamental a uma boa administração estabelece um conjunto de direitos e garantias de todas as pessoas que se relacionarem com o poder público. Numa perspectiva subjetiva, o direito fundamental a uma boa administração pública atribui à qualidade de um titular do direito de exigir uma boa administração, de obter o acesso à informação ou aos documentos públicos e de apresentar petição contra os abusos de poder ou contra a má administração pública.<sup>1791</sup>

Mais do que buscar a desburocratização da máquina pública e exigir uma prestação de serviços públicos mais qualificada<sup>1792</sup>, pode-se afirmar que a ideia de se elevar a eficiência a princípio constitucional da Administração Pública indica antes de tudo “que a sociedade brasileira não está satisfeita com os serviços recebidos do Estado”<sup>1793</sup>, nomeadamente neste início de século, em que “os padrões de bem-estar estão mais elevados e, principalmente, mais diversificados”<sup>1794</sup>. Nesse sentido, adverte a Professora

---

– a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

<sup>1790</sup> O Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, aprovado pelo Parlamento Europeu, explicita o direito fundamental a uma boa administração pública, apontando as diretrizes para uma boa conduta administrativa, como objetividade e imparcialidade: “os agentes públicos devem atuar de forma objetiva e imparcial em todas as circunstâncias, em prol do interesse comunitário e do bem comum. Os agentes deverão agir com independência no âmbito das políticas definidas pela Comissão e a sua conduta nunca deverá ser determinada por interesses pessoais ou nacionais nem por pressões políticas”. Além disso, “Sempre que um cidadão solicitar informações sobre determinado procedimento administrativo da Comissão, a autoridade certificar-se-á de que lhe são fornecidas todas as informações necessárias dentro do prazo fixado no procedimento em questão”. Código Europeu de Boa Conduta Administrativa (edição em português). Serviços das Publicações Oficiais da União Europeia. Bélgica. 2005. Disponível em: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-00-999\\_pt.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-00-999_pt.htm) Acesso em 03.07.2017.

<sup>1791</sup> VIANA, Cláudia. *Artigo 41º - Direito a uma boa administração*. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (Coord.). *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia comentada*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 483.

<sup>1792</sup> Segundo a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio da eficiência na verdade apresenta dois aspectos: “(...) pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público”.<sup>1792</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito..., cit.*, 2001, p. 83.

<sup>1793</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 57.

<sup>1794</sup> Para a Professora Suzana Tavares da Silva “É a esta Sociedade que o Estado tem de dar resposta e é para esta resposta que a Administração se tem de profissionalizar e preparar, subordinando-se a critérios de princípios de actuação mais exigentes que uma mera legalidade formal. É urgente que o poder político perceba que se tem de apresentar hoje perante a Sociedade não só com argumentos e ideologias, mas também apetrechado com soluções ajustadas aos mais exigentes mecanismos de garantia da optimização do bem-estar social num contexto globalizado, e para isso é importante ir instituindo novos mecanismos de controlo”.

Suzana Tavares da Silva que em vez de simples cidadãos que procuram ter um acesso mínimo aos serviços públicos, encontramos na atualidade “clientes e utentes informados (até nas funções estaduais típicas como a defesa e a garantia da ordem pública) que reclamam qualidade e possibilidade de escolha”.<sup>1795</sup>

O modelo de Administração Pública *gerencial* presente da Carta de 1988, ao menos em tese, visa à obtenção de melhores resultados e se funda em valores como a produtividade funcional, a economicidade, o zelo, a rapidez na prestação de serviços, enfim, na busca pela *qualidade total* no âmbito da Administração Pública<sup>17961797</sup>, tendo em vista que *ser eficiente* nada mais é do que um “dever elementar da Administração Estatal”.<sup>1798</sup>

O princípio da eficiência possui papel de destaque no controle da atividade administrativa, em especial quando se trata de evitar ou reprimir condutas omissivas, tema central desta investigação<sup>1799</sup>. Desde logo, é possível afirmar que a inatividade administrativa *injustificada* fere de morte o princípio constitucional em foco, sobretudo por sua previsão expressa no texto constitucional brasileiro, a partir da qual não mais se admite recusa sobre sua positividade, operatividade e validade jurídica, como ocorreu no passado. Por isso, afirma Paulo Modesto, “não teria sentido se o administrador fosse livre para ser eficiente e ineficiente, sem que a ineficiência importasse em violação do direito”.<sup>1800</sup>

Mas o que é exatamente *eficiência*? Como medir o grau de eficiência de uma conduta? Pode-se dizer de uma forma um tanto simplória que o agir eficiente é aquele em

---

SILVA, Suzana Tavares da. *O princípio (fundamental) da eficiência*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2010, pp. 519-544.

<sup>1795</sup> SILVA, Suzana Tavares da. *O princípio...*, cit., 2010, pp. 519-544.

<sup>1796</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, p. 57.

<sup>1797</sup> Segundo a doutrina de Gabardo e Hachem, o princípio da eficiência ultrapassa os limites do princípio da razoabilidade na medida em que implica uma maior exigência, decorrente do cumprimento do princípio da finalidade, que impõe não somente uma atuação boa ou suficiente (razoável/racional), mas sim ótima (a melhor possível). Ou seja, entre duas opções que observem o princípio da razoabilidade, deve o administrador optar pela mais eficiente. GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Responsabilidade...*, cit., 2010, pp. 01-32.

<sup>1798</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 42.

<sup>1799</sup> "(...) 1. O exercício da atividade administrativa está submetido ao princípio da eficiência, nos termos do art. 37, caput, CF/88. 2. *Configura-se ofensiva ao princípio da eficiência a conduta omissiva da autoridade competente, que deixa transcorrer longo lapso temporal sem processar pedido de autorização de funcionamento de rádio comunitária*". (STJ 1ª S., MS 7.765-DF, Rel. Min. Paulo Medina, Julgamento: 26/6/02, DJ 14/10/02.)

<sup>1800</sup> MODESTO, Paulo. *Notas para um debate sobre o princípio da eficiência*. In Revista do Serviço Público, Ano 51, Nº 2, Abr-Jun 2000, p. 105-120.



que são atendidos a tempo e a modo os comandos legais e constitucionais<sup>18011802</sup>, embora em geral não haja um critério objetivo para aferir tal eficiência<sup>180318041805</sup>. O objetivo máximo do princípio da eficiência, adverte Schmidt-Assmann, “consiste em aspirar ao maior benefício possível com os meios de que se dispõe”.<sup>1806</sup>

Uma atuação é *eficiente* (ou *eficaz*, para os espanhóis) na medida em que obtém o resultado de forma célere ou ao menos num prazo razoável e com uma qualidade satisfatória. Segundo Parejo Alfonso, a palavra *eficácia* evoca basicamente a produção intencionada (de acordo com um objetivo ou causa) de uma realidade como resultado da conduta de um agente competente.<sup>1807</sup> Implica, pois, a realização de um juízo de valor sobre a aplicação dos meios e a consecução dos fins estabelecidos pela ordem jurídica, sendo certo que os critérios e medidas para a realização desse juízo de valor não possuem

---

<sup>1801</sup> Suzana Tavares da Silva afirma que “É frequente encontrarmos a eficiência associada à economia e à eficácia, e mesmo quando utilizados como conceitos de significados diferentes — em que a economia designa o menor custo para um determinado resultado, a eficácia o alcance dos objectivos propostos com a utilização dos meios e a eficiência o melhor resultado para uma mesma estrutura de custos — o mais usual é que o seu controlo seja feito em conjunto, no contexto da mera apreciação dos actos discricionários da Administração, e, mesmo aí, confundindo-se com as dimensões concretizadoras do princípio da proporcionalidade, avaliando-se a eficácia da medida no teste da adequação e a eficiência e economia no teste da necessidade”. SILVA, Suzana Tavares da. *O princípio...*, cit., 2010, pp. 519-544.

<sup>1802</sup> Para Odete Medauar, “a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções”. MEDAUAR, Odete. *Direito...*, cit., 2007, p. 127.

<sup>1803</sup> No âmbito administrativo, o critério predominante para valorar a eficácia, cujo fim é a realização, com objetividade, do interesse geral, será político, o qual dificulta sua medição. PAREJO ALFONSO, Luciano. *Eficacia y administración: tres estudios*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995, pp. 109 e ss.

<sup>1804</sup> Na busca por uma definição, Gabardo e Hachem afirmam “que o conteúdo jurídico do princípio constitucional da eficiência administrativa pode ser traduzido como o dever imposto constitucionalmente à Administração Pública de (a) exercer a competência administrativa que lhe é juridicamente conferida com a máxima celeridade, presteza, economicidade e produtividade, (b) atuando de modo a concretizar fielmente a finalidade pública subjacente às normas jurídicas às quais está submetida, (c) utilizando os meios mais adequados ao alcance ótimo dos objetivos estatuidos pelo direito positivo (interesse público), (d) conferindo a máxima efetividade aos comandos que lhe são dirigidos pelo ordenamento jurídico, (e) sempre em consonância com os direitos fundamentais e com os demais princípios e regras que orientam a atividade administrativa”. GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Responsabilidade...*, cit., 2010, pp. 01-32.

<sup>1805</sup> Para a Professora Suzana Tavares da Silva, “a eficiência tem sido entendida sobretudo como um critério ou parâmetro de actuação e de decisão das entidades administrativas, controlado no quadro da dimensão informadora da racionalidade global do agir administrativo. Cura-se de avaliar as actuações administrativas (medidas) em função da relação custo-benefício (eficiência de custos), dos resultados (eficiência produtiva) e da alocação de recursos (eficiência alocativa), não como parâmetro autónomo legitimador da mesma em razão da sua eficiência, mas apenas de modo a apurar se o princípio da proporcionalidade foi ou não respeitado”. SILVA, Suzana Tavares da. *O princípio...*, cit., 2010, pp. 519-544.

<sup>1806</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría...*, cit., 2003, p. 353.

<sup>1807</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. *Eficacia y administración: tres estudios*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995, p. 92.

um sentido unívoco e concreto.<sup>18081809</sup>

Ao abordar a eficiência na Administração é *comum* a comparação entre os serviços prestados por esta e as atividades desempenhadas pela iniciativa privada, pois parte da doutrina prega que os serviços públicos devem seguir os padrões de qualidade normalmente aferidos na esfera privada. Sobre o tema, Amato e Garofoli registram que embora a Administração Pública moderna deva se fundar em três eixos – democracia, eficiência e responsabilidade – deve-se ter em conta sobre o risco de tentar equiparar a Administração Pública às empresas privadas, situação que poderia acarretar danos aos administrados, tendo em vista que a busca pela eficiência a qualquer custo poderia levar a própria Administração à violação de direitos fundamentais, a partir de uma lógica individualista e estranha aos valores que regem a Administração.<sup>1810</sup> Portanto, se a busca pela eficiência no setor público é hoje um paradigma inafastável para a boa administração, não se pode esquecer que tal eficiência deve ser buscada sem abrir mão de outros princípios que, igualmente, também informam a atividade administrativa, como a moralidade e a impessoalidade administrativa (imparcialidade). Só assim a função administrativa será exercida com eficiência e *eficácia*.<sup>18111812</sup>

Quando se leva em conta a prática de atos discricionários pela Administração Pública, a análise do princípio da eficiência ganha relevo e propicia duas observações importantes: a primeira dá conta que no campo de liberdade próprio da discricionariedade administrativa, observados os parâmetros legais e o interesse público como *norte*, o alcance da eficiência torna-se, ao menos em tese, mais factível, eis que a autoridade

---

<sup>1808</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. *Eficácia...*, cit., 1995, p. 90.

<sup>1809</sup> Eficácia significa, segundo Parejo Alfonso, “virtude, atividade, força e poder para executar”, PAREJO ALFONSO, Luciano. *Eficácia...*, cit., 1995, p. 91.

<sup>1810</sup> AMATO, Giuliano; GAROFOLI, Roberto. *L'Amministrazione tra Democratizzazione, Efficientismo, Responsabilità*. Roma: Neldiritto Editore, 2009, p. 28.

<sup>1811</sup> Registre-se que há autores que diferenciam os vocábulos eficiência e eficácia, como é o caso de Idalberto Chiavenato, para quem “A eficiência não se preocupa com os fins, mas simplesmente com os meios. O alcance dos objetivos visados não entra na esfera da competência da eficiência, é um assunto ligado à eficácia.”. CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à Teoria Geral da Administração*, 4ª Edição, São Paulo: McGraw Hill, 1993, p. 238.

<sup>1812</sup> Para Gabardo e Hachem, “é uma total inversão acreditar que a eficiência é “princípio” da administração privada. Princípio, em sua conotação jurídica, é norma. E como norma, a eficiência somente impera à Administração Pública, esta sim, que tem o dever de ser eficiente, pois é gestora de bens que pertencem a todos, segundo o princípio republicano. Não é possível, após a superação do personalismo na estrutura política, admitir-se a possibilidade de a Administração ser ineficiente. Tal situação, se existente, sempre configurará uma patologia do sistema.”. GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Responsabilidade...*, cit., 2010, pp. 01-32.

administrativa poderá valorar todas as possibilidades e adotar aquela que se apresenta mais eficaz ao alcance do bem comum<sup>1813</sup>; a segunda é que o princípio de eficiência, como norma jurídica que é, possui especial relevância para o controle da atividade administrativa, servindo mesmo, segundo Harger, como verdadeira *baliza* para a atuação discricionária do Poder Público<sup>1814</sup>, pois é possível invalidar um ato administrativo discricionário que tenha violado a *eficiência* exigida constitucionalmente, bem assim impor ao Estado o dever de reparar eventuais danos ocasionados por sua inoperância.<sup>1815</sup>

Também é necessário destacar que, quanto ao aspecto subjetivo, podem ser extraídas duas abordagens distintas ao se interpretar o princípio da eficiência: a primeira se refere à atuação dos agentes públicos, indicando que estes deverão desempenhar suas atribuições com zelo e profissionalismo, com vistas a apresentar o melhor resultado possível (neste aspecto, foram criados pela Constituição mecanismos de avaliação periódica dos agentes públicos, inclusive com a possibilidade de perda do cargo por parte do servidor estável, por meio de procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar);<sup>1816</sup> a segunda abordagem sinaliza que a Administração Pública deve atuar dentro dos mais modernos padrões de gestão, buscando, com isso, obter os melhores resultados possíveis e conseqüentemente prestar à coletividade serviços de boa qualidade.<sup>1817</sup><sup>1818</sup>

Para Filipa Calvão, a essência do princípio da eficiência reside no modo como se ponderam entre si bens jurídicos ou interesses juridicamente protegidos, orientando a atividade administrativa para a prossecução (integral) do objetivo proposto pela norma com a menor lesão dos bens jurídicos envolvidos<sup>1819</sup>. Nesse enquadramento, é princípio de

---

<sup>1813</sup> Guido Falzone, em seu conhecido estudo sobre o *dever de boa administração*, afirma que o bom administrador público deve sempre perseguir o interesse público. Por isso, caso o administrador tenha que decidir discricionariamente entre duas alternativas factíveis, deverá optar por aquela que seja mais benéfica ao bem comum. FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1953, pp. 72-73.

<sup>1814</sup> HARGER, M. *Reflexões iniciais sobre o princípio da eficiência*. In Revista de Direito Administrativo, nº 217, jul./set. 1999, pp. 151-161.

<sup>1815</sup> Embora façamos referência ao controle de atos discricionários por meio do princípio da eficiência, devido à sua repercussão mais acentuada, evidentemente que também os atos de natureza vinculada são suscetíveis de controle à luz do princípio em questão.

<sup>1816</sup> Conforme art. 41 da Constituição Federal de 1988.

<sup>1817</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, pp. 57-58.

<sup>1818</sup> O dever de bem exercer a função pública, para Guido Falzone, “é considerável, seja como dever incumbente ao órgão e, pois, à própria entidade a que o órgão público pertence, seja ainda como dever do próprio titular do órgão”. Conforme FALZONE, Guido. *Il dovere...*, cit., 1953, p. 70 e ss.

<sup>1819</sup> CALVÃO, Filipa Urbano. *Princípio da Eficiência*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano VII, p. 331.

observância obrigatória não só nos casos de exercício da função administrativa, mas principalmente nas hipóteses de *não exercício* de tal atividade (silêncio administrativo), pois *o agir* “eficaz, efetivo e exitoso da Administração é propriamente um critério para medir a legitimidade de sua atuação”.<sup>1820</sup> O desenvolvimento das potencialidades do princípio da eficiência, segundo Parejo Alfonso, depende hoje mais do que nunca da legitimidade da Administração Pública como mecanismo assegurador da efetividade real da ordem jurídica preconizado pelo estado democrático de direito.<sup>1821</sup>

Assim, nas situações em que há de parte do Estado o poder-dever de agir e este se mantém inerte, deverá ser feita uma valoração das justificativas para tal inatividade à luz, também, da eficiência administrativa, de modo a configurar – ou não – eventual ilicitude da conduta. Circunstancial contrariedade ao direito decorrente da ineficiência administrativa terá o condão de propiciar a reparação de possíveis danos provocados a particulares e, na esfera administrativa, punir agentes públicos responsáveis pela *passividade ilícita*.

Frequentemente o princípio da eficiência também é referenciado pela doutrina estrangeira como *princípio da boa administração*<sup>1822</sup>. O dever de *boa administração* identifica um conceito um tanto quanto vago e abstrato, por envolver uma pluralidade de significados. A força desse princípio, segundo Kirsi Kuusikko, emerge exatamente a partir da falta de precisão que o caracteriza, a qual permite que sejam considerados diferentes aspectos a partir das circunstâncias identificadas nos casos concretos.<sup>1823</sup><sup>1824</sup><sup>1825</sup> A *boa*

---

<sup>1820</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. *Eficacia...*, cit., 1995, p. 89.

<sup>1821</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. *Eficacia...*, cit., 1995, p. 15.

<sup>1822</sup> A boa gestão da coisa pública, enfatiza Paulo Modesto, “é obrigação inerente a qualquer exercício da função administrativa e deve ser buscada nos limites estabelecidos pela lei. A função administrativa é sempre atividade finalista, exercida em nome e em favor de terceiros, razão pela qual exige legalidade, impessoalidade, moralidade, responsabilidade, publicidade e eficiência dos seus exercentes. O exercício regular da função administrativa, numa democracia representativa, repele não apenas o capricho e o arbítrio, mas também a negligência e a ineficiência, pois ambos violam os interesses tutelados na lei.”. MODESTO, Paulo. *Notas...*, cit., Abr-Jun 2000, p. 105-120.

<sup>1823</sup> KUUSIKKO, Kirsi. *Advice, good administration and legitimate expectations: some comparative aspects*. In *European Public Law*, vol. 7, nº 3, 2007, p. 461.

<sup>1824</sup> Para Gabardo e Hachem, “a ideia de eficiência parece superar, tanto no viés simbólico, quanto sob o ponto de vista estritamente lógico, o dever de “boa administração”, constituindo um norte mais adequado para a satisfação eficaz do interesse público. Por que incumbiria ao Poder Público um dever de “boa” administração, e não ótima? Diante de várias opções razoáveis e inseridas na margem conferida ao administrador pela lei, o dever de “boa administração” não restaria cumprido ainda que o agente escolhesse um meio idôneo, mas menos eficiente? Não se estaria com isso admitindo a possibilidade de escolha de um mecanismo bom em detrimento de um ótimo para a consecução da finalidade do ato? A imposição de um dever de eficiência à Administração Pública parece ser mais apropriada no sentido de dirigir a atividade

*administração*, segundo Guido Falzone, será alcançada quando o agente público exercer suas competências com adequação e zelo, de modo a obter o fim público previsto na norma.<sup>1826</sup> Existindo um dever de *boa administração*, isto é, de promover as escolhas necessárias à consecução da finalidade legal, adverte o Prof. Bandeira de Mello, existirá também, “correlatamente para o administrado, direito a que a providência administrativa incidente sobre ele esteja ajustada a estes parâmetros”<sup>1827</sup>. Assim, como a Administração está vinculada pelo ordenamento jurídico a atender o fim de interesse público nele previsto, resulta que o dever de boa administração, segundo Rogério Soares, “traduz-se num autêntico *dever jurídico*”.<sup>1828</sup>

É possível afirmar que antes mesmo de exigir que a Administração Pública atue obedecendo padrões mínimos de qualidade, o princípio da eficiência administrativa impõe *mesmo um dever de agir* à administração pública. Por isso, a omissão, a inércia, a indiferença e o desleixo da Administração frente a um comando legal ou constitucional sem uma justificativa amparada pelo direito, é forma peculiar e grave de que se vale o mau administrador para desviar-se da prossecução do interesse público, que, sabe-se, é “o princípio motor de Administração pública”.<sup>1829</sup> Além do princípio da eficiência a impor um agir proativo da Administração, não custa repetir que as competências imputadas por lei a uma autoridade administrativa são de caráter *irrenunciável*. Também por isso é ilegítima a inatividade administrativa quando desamparada de justificativas idôneas.

O desenvolvimento da função administrativa corresponde, no dizer de Marcello Caetano, a uma dupla necessidade: “de justiça para os cidadãos e de eficiência para a própria administração”. Esta – a eficiência – não se compatibiliza com o *desdém* e com a

---

administrativa ao alcance efetivo da finalidade pública, diminuindo de forma mais substancial o raio de discricionariedade do administrador. A não ser se entenda o “bom” como se ótimo fosse (o que faz parte da doutrina). Todavia, tal opção científica não deixa de ser no mínimo estranha, para não dizer totalmente paradoxal. Afinal, o *bom* é o apenas *razoável*, ou seja, o mínimo satisfatório em face de um objetivo determinado”. GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Responsabilidade...*, cit., 2010, pp. 01-32.

<sup>1825</sup> Bem verdade que as características de abstração e falta de densidade não são próprias apenas do princípio da eficiência, mas dos princípios jurídicos de forma geral.

<sup>1826</sup> FALZONE, Guido. *Il dovere...*, 1953, pp. 55-56.

<sup>1827</sup> Conforme MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O controle judicial dos atos administrativos*. In Revista de Direito Administrativo – RDA, 152:1-15, Rio de Janeiro, abr./jun. 1983, pp. 10-11.

<sup>1828</sup> Para o mestre português, “A lei, ao impor o dever de boa administração, não se preocupa com o *valor individual* do acto enquanto manifestação da personalidade do agente – apenas impõe uma conduta de adequação ao fim legal, porque, e só porque, isso é o instrumento indispensável para que o interesse público possa ser satisfeito”. SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse...*, cit., Coimbra, MCMLV, p. 198.

<sup>1829</sup> Segundo Freitas do Amaral, “A Administração actua, move-se, funciona para prosseguir o interesse público. O interesse público é o seu único fim.”. AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito...*, v. II, cit., p. 36.

*passividade* normativa identificados em situações fáticas em que a ordem jurídica está a exigir uma conduta positiva. Por isso, tal inatividade deve merecer repúdio e ser sancionada pelo direito, pois por meio de artifícios como uma *aparentemente simples omissão* se produz grave injustiça social.<sup>1830</sup>

A inobservância do princípio da eficiência pode gerar, em tese, três possíveis consequências jurídicas: a) em relação aos *agentes públicos*, a inobservância dos mandamentos oriundos do dever de eficiência poderá implicar a sua *responsabilização pessoal*, nas esferas administrativa, civil e penal; b) no que tange à ação ou omissão administrativa em desconformidade com os comandos emanados do princípio em tela, poderá tal conduta ser objeto de *controle interno e externo*, com vistas a promover sua correção; c) por fim, quanto aos *terceiros* atingidos pelos efeitos da ação ou omissão ilícita da Administração Pública, eventuais prejuízos decorrentes da atuação violadora do princípio da eficiência importarão a *responsabilização civil do Estado*, desde que presentes os elementos configuradores do dever de reparar o dano.<sup>1831</sup>

Deve-se mencionar ainda, na esteira de Parejo Alfonso, que não há contraposição entre os princípios da eficiência e da legalidade, existindo, no máximo, uma *tensão dialética*, tendo em vista que as administrações públicas devem atender as exigências desses princípios – e dos demais – em consonância com a ordem jurídica. No entanto, num esforço para serem mais *eficientes* é normal que por intermédio de atuação os órgãos públicos busquem ampliar sua discricionariedade, sem que tal, só por isso, sinalize *arbitrariedade*.<sup>1832</sup>

A Administração Pública, para exercer a função administrativa em consonância com o princípio da eficiência, deverá, pois, *agir* sempre que a ordem jurídica assim o determinar. É a forma de se combater uma Administração Pública inerte, omissa, descompromissada com a materialização, no mundo dos fatos, dos mandamentos emanados do sistema normativo. Em um estado democrático de direito como o brasileiro, conduzido por uma Constituição compromissária e dirigente, “pôr em marcha as imposições constitucionais e legais endereçadas ao Poder Público significa promover a

---

<sup>1830</sup> CAETANO Marcello. *Manual...*, cit., 1997, p. 29.

<sup>1831</sup> Conforme a doutrina de GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Responsabilidade...*, cit., 2010, pp. 01-32.

<sup>1832</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. *Eficacia...*, cit., 1995, pp. 108-109.

satisfação das necessidades da coletividade e dos interesses sociais”.<sup>1833</sup> Nessa perspectiva, não é difícil perceber que a ideia de boa administração somente pode ser concretizada a partir de uma atuação diligente, célere, econômica e produtiva.<sup>1834</sup> Numa palavra, o dever de boa administração só pode ser alcançado se o fim de interesse público previsto na norma habilitante foi satisfeito, a *tempo* e a *modo*.

Por isso, a omissão injustificada da Administração ferirá de morte a *eficiência* que se espera do poder público, pois apresenta-se como conduta mais reprovável do ponto de vista ético *o simples não agir* do que *o agir equivocado* do Poder Público. Noutros termos, na busca por uma *boa administração* é preferível uma *ação equivocada* à *passividade injustificada*. Deveras, o exercício regular e proporcional da atividade administrativa não se compatibiliza com o arbítrio e com os excessos, mas, evidentemente, também não pode *flertar* com a negligência, o descaso e a letargia, pois em ambos os casos há clara violação dos interesses tutelados pelo direito, sendo, pois, ilícitos os dois comportamentos.

Assim, tendo a Administração conhecimento que deve emitir um regulamento administrativo e não o fazendo no prazo legal ou, na falta de previsão neste sentido, em prazo razoável, sua inatividade será antijurídica, pois o princípio da eficiência deve

---

<sup>1833</sup> GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Responsabilidade...*, cit., 2010, pp. 01-32.

<sup>1834</sup> Segundo Gabardo e Hachem, “De nada adianta os agentes e órgãos públicos cumprirem as suas funções se o exercício de tais competências der-se de forma morosa, insatisfatória, perdulária e malsucedida. A atividade administrativa deve cumprir os seguintes deveres: (i) *celeridade* – cumprimento das atribuições dentro de prazo razoável, ainda que não assinalado pela lei, sem dilações indevidas, sob pena de se perder o objeto do ato ou procedimento administrativo em questão, ou mesmo de acarretar prejuízos aos destinatários da atividade por conta da demora; (ii) *presteza* – atuação ágil, de forma simples e objetiva, desprendida de formalidades exacerbadas e conducentes ao entrave da atividade administrativa, sem significar, é claro, desrespeito ao trâmite burocrático legalmente previsto como garantia de previsibilidade ao cidadão; (iii) *economicidade* – utilização otimizada dos meios e recursos que estiverem à disposição da Administração para o atingimento de seus misteres, sem desperdícios com gastos voluptuosos e despiciendos. Não significa necessariamente minimização do gasto, mas sim a sua otimização, com o objetivo de alcançar os maiores benefícios e utilidades com o menor dispêndio possível<sup>17</sup>; (iv) *produtividade*: atuação voltada à produção de resultados efetivos, correspondentes com as finalidades predispostas na lei. Se o ordenamento estabelece um dever de agir voltado ao alcance de determinado objetivo, o cumprimento da obrigação deve produzir o resultado pretendido pela norma. Desse desdobramento, deduz-se que será ineficiente o comportamento administrativo: (i) *omisso*, por descumprir um dever de agir estatuído para a Administração Pública; (ii) *moroso*, por desrespeitar o dever de celeridade; (iii) *exacerbadamente formalista*, por obstaculizar uma atuação ágil e fluida, marcada pela simplicidade e objetividade; (iv) *perdulário*, por ignorar o dever de otimização dos recursos para o alcance dos melhores resultados; (v) *improdutivo*, por violar o dever de realização dos objetivos previstos pela lei para o atingimento efetivo do interesse público. (b) *atuando de modo a concretizar fielmente a finalidade pública subjacente às normas jurídicas às quais está submetida*. A atividade administrativa, para ser eficiente, deve atender à exata finalidade prevista pela norma jurídica que estabelece ao órgão ou agente público o dever de praticar determinada conduta. Os fins e os meios da atuação administrativa são aqueles fixados pelo ordenamento”. GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Responsabilidade...*, cit., 2010, pp. 01-32.

conferir “a máxima *efetividade aos comandos que lhe são dirigidos pelo ordenamento jurídico*”<sup>1835</sup>, bem como exigir um comportamento administrativo que esteja em consonância com “os *direitos fundamentais e com os demais princípios e regras que orientam a atividade administrativa*”.<sup>1836</sup>

Em conclusão, partindo-se da ideia de *boa administração* preconizada por Guido Falzone, que pressupõe uma atuação administrativa diligente e sempre voltada à consecução dos fins públicos definidos na lei habilitante, tem-se que a omissão da Administração Pública sinaliza para um sentido diametralmente oposto ao informado pelo princípio em estudo, razão pela qual não pode ser admitida nem tolerada pelo direito, notadamente quando prejudicial a particulares ou violadora de direitos fundamentais. Noutros termos, a passividade normativa injustificada da Administração é conduta imprópria, anormal, e, por isso, inadmissível, por configurar um modo peculiar de injusta subtração de direitos já reconhecidos pela ordem jurídica. A não expedição injustificada de um regulamento administrativo é, portanto, comportamento ilegal, desproporcional e sobretudo *ineficiente*, mas não apenas. É, também, na sua essência, conduta incompatível com a moralidade administrativa, conforme se demonstrará na sequência.

#### **4.5.4. A incompatibilidade ético-jurídica entre a passividade normativa injustificada da Administração e o princípio constitucional da moralidade administrativa**

A inatividade normativa injustificada da Administração, além de ferir os princípios da legalidade, proporcionalidade e eficiência, também *não é vista com bons olhos* pela moralidade administrativa. E é assim porque o fato de o administrador público

---

<sup>1835</sup> Outra dimensão do princípio da eficiência, de acordo com Gabardo e Hachem, reside no “efeito maximizador por ele proporcionado aos demais princípios e regras informadores da Administração Pública. O agir administrativo só será eficiente quando efetivar de modo otimizado o conjunto normativo que lhe é aplicável. Assim, a eficiência no adimplemento dos mandamentos constitucionais e legais representa, também, a necessidade de deduzir de tais dispositivos o conteúdo mais amplo que se possa deles extrair”. GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Responsabilidade...*, cit., 2010, pp. 01-32.

<sup>1836</sup> Ainda segundo Gabardo e Hachem, “O quinto elemento que compõe o conceito de eficiência administrativa proposto neste estudo ressalta a obviedade de que tal princípio constitucional, como todos os demais, não goza de superioridade hierárquica em relação a qualquer norma da Constituição. Sua compreensão deve se dar de forma conjunta com os demais princípios e regras norteadores da atividade administrativa, jamais podendo-se em nome da eficiência sacrificar o conteúdo essencial de qualquer outro princípio do regime jurídico administrativo, especialmente os definidores de direitos fundamentais”. GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Responsabilidade...*, cit., 2010, pp. 01-32.



manter-se inerte quando a ordem jurídica está a exigir uma conduta positiva para a concretização de direitos de particulares contraria o *padrão ético* que dever pautar o agir administrativo. O princípio da moralidade indica que a conduta administrativa (ação ou omissão) que se afaste da honestidade, da ética ou probidade não pode se sustentar no mundo jurídico, devendo por isso ser invalidada talqualmente ocorre com a atividade violadora da *regra* jurídica, pois ambas as condutas – a ilegal e a imoral – não encontram espaço num Estado que se diz *democrático de direito*.

A interpenetração entre moralidade e legalidade foi examinada ainda no início do Século XX, ocasião em que Hauriou sustentou em sua teoria do desvio de poder que o controle jurisdicional sobre os atos do poder público não poderia ficar restrito ao âmbito da legalidade, mas ir adiante, adentrando também no exame de sua moralidade, por ele definida à época como o “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”<sup>1837</sup>. Com efeito, enquanto a legalidade (sentido estrito) exige uma atuação administrativa em consonância com a regra jurídica, a moralidade administrativa prega um comportamento do administrador que demonstre haver assumido “como móbil da sua ação a própria ideia do dever de exercer uma boa administração”<sup>1838</sup>.

Vários princípios constitucionais apresentam um caráter dúplice, isto é, possuem natureza não só jurídica como também moral, incorporando ao direito princípios morais do direito natural<sup>1839</sup><sup>1840</sup><sup>1841</sup>. Assim ocorre com os princípios da impessoalidade (imparcialidade), interesse público, proporcionalidade, publicidade, eficiência, entre outros, que, conquanto indiquem um caminho de legitimidade a ser seguido pelo

---

<sup>1837</sup> HAURIUO, Maurice. *Précis Élémentaires de Droit Administratif*. Paris, 1926, p. 197.

<sup>1838</sup> DELGADO, José Augusto. *O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988*. In BDA – Boletim de Direito Administrativo – Maio 1992, pp. 198-309.

<sup>1839</sup> Nesse sentido é a lição de HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. V. 2, Rio de Janeiro: Ed. Tempo brasileiro, 1997, pp. 203-213.

<sup>1840</sup> É possível afirmar, na esteira de Eduardo Bittar, que o próprio direito se alimenta da moral, isto é, o direito convive continuamente com a moral, enviando-lhe novos conceitos e normas e também recebendo novos conceitos e normas. Para Bittar, “A moral é, e deve sempre ser, o fim do direito. Com isso pode-se chegar à conclusão de que direito sem moral, ou direito contrário às aspirações morais de uma comunidade, é puro arbítrio, e não direito”. BITTAR, Eduardo C.B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 30.

<sup>1841</sup> Juarez Freitas afirma não fazer sentido “cogitar de desvinculação entre Direito e Moralidade, ainda que se mostre imprudente e simplório tomar como idênticos os fenômenos. Entrecruzam-se, interpenetram-se, mas a moralidade compõe a juridicidade. Em outras palavras, a moral de princípios constitucionais (tais como o da imparcialidade) deve ter primazia sobre a moral dos fisiológicos resultados políticos emotivistas e egotistas, para evocar clássica distinção weberiana, nem sempre bem assimilada em nosso meio”. FREITAS, Juarez. *Princípio da moralidade administrativa*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, nº 170, abr. 2015, pp. 31-46.

administrador, também carregam consigo um conteúdo implícito de moralidade administrativa. Em consequência, o exercício da função administrativa neste início de século XXI só se legitima se em consonância com a moralidade administrativa.

Com o passar do tempo percebeu-se que é insuficiente exigir do administrador público uma atuação que se compatibilize apenas com a mera ordem legal. É necessário muito mais, isto é, é necessário ir adiante, na análise do comportamento administrativo em si (ação ou omissão), para investigar se “o conjunto dos seus elementos realmente sustenta o interesse público ou apenas dá a falsa impressão de que o faz<sup>18421843</sup>. A gestão da coisa pública deve obedecer a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária. Em razão disso, o administrador público está obrigado a se exercitar de forma que sejam atendidos os padrões normais de conduta que são considerados relevantes pela comunidade e que sustentam a própria existência social. Nessa perspectiva, o cumprimento da moralidade, além de se constituir um dever jurídico que o administrador público deve cumprir, apresenta-se também como genuíno “direito subjetivo de cada administrado”.<sup>1844</sup>

No direito brasileiro, o princípio da moralidade está expressamente previsto no *caput* do art. 37 da Constituição<sup>18451846</sup>, como um dos princípios orientadores da função administrativa do Estado. Como tal, possui caráter vinculante em relação a toda e qualquer atividade administrativa, seja ela executada pela própria Administração seja por entidades privadas que exercem poder público de autoridade.

---

<sup>1842</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade administrativa: do conceito à efetivação*. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, out./dez. 1992, pp. 01-33.

<sup>1843</sup> A sujeição da sociedade e depois a do Estado moderno ao império da lei foram as primeiras conquistas. Só muito tempo depois pensou-se na “sujeição do Estado à moral, a mais ambiciosa e demandante das conquistas éticas, está apenas começando, incorporando-se lentamente à ordem jurídica como um sistema de licitude e possibilitando, onde o Estado Democrático de Direito já se está sedimentando, o advento do Estado de Justiça.”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade...*, cit., 1992, pp. 01-33.

<sup>1844</sup> Conforme DELGADO, José Augusto. *O princípio...*, cit., 1992, pp. 198-309.

<sup>1845</sup> Para José Augusto Delgado, “A elevação da dignidade do princípio da moralidade administrativa, em nível constitucional, embora desnecessária, porque no fundo o Estado possui uma só personalidade, que é a moral, consubstancia uma conquista da Nação que, incessantemente, por todos os seus segmentos, estava a exigir uma providência mais eficaz contra a prática de atos administrativos violadores do princípio da moralidade. Insurge-se, assim, o administrado, com base em princípio constitucional, contra o erro, o dolo, a violência, a arbitrariedade e o interesse pessoal quando presentes na prática da ação administrativa pública”. DELGADO, José Augusto. *O princípio...*, cit., 1992, pp. 198-309.

<sup>1846</sup> Além da previsão constitucional, o princípio da moralidade administrativa encontra menção expressa no Estatuto de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993); na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (que trata da improbidade administrativa) e na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública federal), entre outras normas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro.

Para o professor Juarez Freitas, a explicitação da natureza axiológica da Constituição é um dado, ao acolher o princípio da moralidade, e, nessa medida, ao afastar uma série de erronias crônicas, especialmente as do *hard positivism*, desde que se perceba que não ocorre apenas uma nominal incorporação de diretriz superior por meio da enunciação do princípio, mas, para além disso, marca a exteriorização e o reconhecimento da natureza substancial do sistema inteiro e de sua “vocação complexa para a dialética universalização como critério normativo das condutas”.<sup>1847</sup> Em consequência disso, o princípio da moralidade tornou-se “pedra de arrimo do edifício jurídico”<sup>1848</sup>, razão pela qual o agir eticamente universalizável desponta como imperativo para o exercício da *relação jurídica administrativa*, “perpassando pela totalidade do sistema e requerendo a superação daquele positivismo singelo e infecundo que percebia o direito e a moralidade como inconciliáveis conceitualmente”.<sup>1849</sup>

O conceito de moralidade administrativa é de difícil construção<sup>1850</sup>, embora no plano da realidade não seja difícil identificar um comportamento administrativo que com ela se incompatibilize<sup>1851</sup>. Não é uma questão terminológica, embora também não deixe de sê-lo, mas uma dificuldade de se estabelecerem regras atuais e válidas sobre o que é

---

<sup>1847</sup> FREITAS, Juarez. *Princípio da...*, cit., 2015, pp. 31-46.

<sup>1848</sup> Conforme FREITAS, Juarez. *Princípio da...*, cit., 2015, pp. 31-46.

<sup>1849</sup> O professor Juarez Freitas ainda acrescenta: “(...) o Direito não é mais visto, ao menos nas melhores e mais avançadas teorias de ponta, como simples conjunto enclausurado e claustrofóbico de regras, nem estas merecem ser reputadas as mais nobres e valiosas componentes do sistema. Claro que não. É que a inserção de preocupações com a moralidade (e, nessa esteira, com justiça material) no âmbito do Direito positivo, longe de destruí-lo, constitui-se condição “*sine qua non*” para a sustentação democraticamente fundamentável do Estado, apesar das dificuldades trazidas pela ambivalência extrema do Direito contemporâneo”. FREITAS, Juarez. *Princípio da...*, cit., 2015, pp. 31-46.

<sup>1850</sup> O conceito do que seja a moralidade está umbilicalmente ligado ao senso moral subjacente em determinada sociedade. Mas, não é fácil a tarefa de se identificar o conteúdo desse senso moral. Os valores, de fato, são variáveis no tempo e no espaço, e nem sempre os padrões de conduta adotados pela maioria seguem os valores ideais. Mas não há dúvida de que é fácil identificar pelo menos aquelas situações extremas em que, indubitavelmente, se pode afirmar que a conduta é moral ou imoral, segundo a ética da instituição. BASTOS, Celso Ribeiro. *O princípio da moralidade no direito público*. In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, Ano 6 – N. 22 – Janeiro-Março de 1998, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 44-54.

<sup>1851</sup> Segundo a doutrina de Emerson Garcia, a moralidade “é algo mais fácil de ser sentido do que propriamente definido. Trata-se de conceito eminentemente variável, sofrendo acréscimos, ajustes e supressões em conformidade com os critérios de ordem sociológica vigentes no meio em que se desenvolverá a sua análise; critérios esses que variarão em conformidade com os costumes e os padrões de conduta delimitadores do alicerce ético do grupamento. Moral, por conseguinte, é noção de natureza universal, apresentando conteúdo compatível com o tempo, o local e os mentores de sua concepção”. GARCIA, Emerson. *A moralidade administrativa e sua densificação*. In *Revista de Informação Legislativa*. Ano 39 – nº 155 (julho/setembro 2002), Brasília: Senado Federal, p. 153-173.

*moralidade*.<sup>1852</sup> O que é certo é que não se trata de uma moral comum ou geral, mas, sim, daquela que se extrai da própria disciplina interna da Administração Pública. Neste contexto, a moral comum seria um conjunto de valores aferidos de forma subjetiva, cultivados em determinado grupo social, enquanto a moral administrativa possuiria uma natureza objetiva, aferida a partir da interpretação de outros princípios e regras de natureza administrativa, que exigem condutas praticadas dentro de um padrão ético, de boa-fé.<sup>1853</sup><sup>1854</sup><sup>1855</sup> No exercício da função administrativa, portanto, o administrador público deve se conscientizar que não poderá se afastar do padrão de conduta que a comunidade, em decorrência do momento histórico vivido, “elegu como relevante para o aperfeiçoamento da existência da vida em comum”.<sup>1856</sup><sup>1857</sup>

Como já sinalizado, a noção de moralidade administrativa está, em sua origem, vinculada à ideia de desvio de poder. Dessa forma, em sua gênese, acabou por ficar encastelada no conceito de legalidade. É a ideia de que se o ato praticado pela autoridade administrativa não guarda correspondência com a finalidade legal norteadora do caso, o ato

---

<sup>1852</sup> Sabe-se que o conceito de moralidade, símile ao que ocorre com o da razoabilidade, constitui conceito de *experiência* ou de *valor*. Esses conceitos, quando utilizados pelo direito, são denominados, pela Ciência Jurídica, conceitos jurídicos indeterminados. A indeterminação deste tipo de conceito não impede sua compreensão nem impede sua aplicação. Aliás, os conceitos jurídicos indeterminados ao invés de baralhar, promovem a comunicação jurídica. ZANCANER, Weida. *Razoabilidade e moralidade...*, cit., 2001.

<sup>1853</sup> Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “Ao contrário da moral comum, onde se pressupõe a liberdade do indivíduo em fixar os seus próprios fins, a moral administrativa orienta-se pelo resultado, sendo irrelevante a intenção de produzi-lo, determinando que o desempenho da função administrativa deve atingir a sua finalidade institucional”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade...*, cit., 1992, pp. 7-8.

<sup>1854</sup> Além disso, identificar o alcance do elemento moral e sua esfera de interpenetração com o direito é tarefa extremamente delicada e envolta em atmosfera de grande risco, independentemente da ideologia seguida pelo intérprete. A justificativa para essa dificuldade é tão simples quanto a conclusão: a noção de moral veicula conceito dotado de grande fluidez e imprecisão, exigindo a convergência de múltiplos fatores exógenos para a sua densificação”. GARCIA, Emerson. *A moralidade...*, cit., 2002, pp. 153-173.

<sup>1855</sup> Para Delgado, “A moralidade comum se baseia em um conjunto sistemático de normas que orientam o homem para a realização de seu fim, isto é, o do homem realizar, pelo exercício de sua liberdade, a perfeição de sua natureza. O caráter de generalidade posto na moralidade comum é o traço marcante diferenciador da moralidade administrativa. Esta, ao contrário da moralidade comum, implica, tão-somente, a necessidade de que os atos externos e públicos dos agentes detentores de poder e de atribuições sejam praticados de acordo com as exigências da moral e dos bons costumes, visando uma boa administração”. DELGADO, José Augusto. *O princípio...*, cit., 1992, pp. 198-309.

<sup>1856</sup> DELGADO, José Augusto. *O princípio...*, cit., 1992, pp. 198-309.

<sup>1857</sup> Conforme Eros Grau, “O conteúdo desse princípio da atividade administrativa há de ser encontrado no interior do próprio direito, até porque a sua contemplação não pode conduzir à substituição da ética da legalidade por qualquer outra. O princípio exige condutas sérias, leais, motivadas e esclarecedoras, ainda que não previstas na lei, decorrentes, no entanto, da interpretação do direito, no seu todo, como ordenamento. A boa-fé há de ser tida como exigência da vinculação da Administração pelo princípio da moralidade”. GRAU, Eros Roberto. *Equidade, Razoabilidade, proporcionalidade e princípio da moralidade*. In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, nº 3, Porto Alegre, 2005, p. 17-26.

padece de vício de legalidade.<sup>1858</sup><sup>1859</sup> Nessa tese inicial, a imoralidade se reduziria, assim, a uma das hipóteses de ilegalidade que pode atingir os atos administrativos, isto é, a ilegalidade quanto aos fins (vício conhecido como desvio de poder ou desvio de finalidade).<sup>1860</sup>

Entretanto, nos dias atuais o princípio da moralidade possui um espectro de maior amplitude na seara administrativa, seja *funcionando* como *standard* para o controle dos atos e omissões do poder público, seja como *norte* para a atuação preventiva da Administração na sua relação com os administrados<sup>1861</sup>. A relação jurídica administrativa, sobretudo por envolver a gestão de interesses alheios, deve ser aperfeiçoada “com o objetivo de estimular o mais pronto e profundo reconhecimento de elevados paradigmas éticos, que não sufoque o que existe de mais elevado e digno no indivíduo, tampouco ceda ao individualismo *niilista*”.<sup>1862</sup>

Hodiernamente, na análise de um comportamento à luz da moralidade administrativa não se deve perquirir sobre a intenção do agente, bastando a verificação do ato em si, de seu objeto, seu conteúdo.<sup>1863</sup> De fato, ao se analisar a moral administrativa é necessário considerar o resultado de forma desvinculada da intenção de produzi-lo, pois está-se diante de um *conceito finalisticamente orientado*. Não se pretende julgar, assim, a atitude de uma autoridade administrativa, mas, antes, sua conduta. O comportamento em si não remete a um bom resultado administrativo, capaz de satisfazer a finalidade

---

<sup>1858</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *O princípio...*, cit., 1998, pp. 44-54.

<sup>1859</sup> Neste sentido é a lição de Weida Zancaner, para quem “os atos afrontosos ao princípio da moralidade são atos portadores de vício de desvio de poder, pois o agente usa sua competência para atingir finalidade alheia à própria do ato praticado e (no mais das vezes) imbuído de um móvel considerado reprovável do ponto de vista moral.”. ZANCANER, Weida. *Razoabilidade e moralidade...*, cit., 2001.

<sup>1860</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *O princípio...*, cit., 1998, pp. 44-54.

<sup>1861</sup> Em sentido diferente é a doutrina de Eros Grau: “Ocorre que a ética do sistema jurídico é a ética da legalidade. E não pode ser outra, senão esta, de modo que a afirmação, pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, do princípio da moralidade o situa, necessariamente, no âmbito desta ética, ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Isto posto, compreenderemos facilmente esteja confinado o questionamento da *moralidade da Administração*, nos lindes do *desvio de poder* ou de *finalidade*. Qualquer questionamento para além desses limites estará sendo postulado no quadro da *legalidade* pura e simples. Essa circunstância é que explica e justifica a menção, a um e a outro princípios, na Constituição e na legislação infraconstitucional.”. GRAU, Eros Roberto. *Equidade...*, cit., 2005, p. 17-26.

<sup>1862</sup> FREITAS, Juarez. *Princípio...*, cit., 2015, pp. 31-46.

<sup>1863</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *O princípio...*, cit., 1998, pp. 44-54.

institucional da Administração Pública; mas a conduta, sim, produz resultados moral-administrativamente *sadios* ou *viciados*.<sup>1864</sup>

Nesse contexto, o bom resultado, objetivamente considerado, a que moralmente deve tender a Administração Pública não pode ser outro senão aquele que concorra para a realização de uma boa administração<sup>1865</sup><sup>1866</sup>, isto é, aquele que atenda não a interesses egoísticos de quem quer que seja, mas aos anseios coletivos tutelados pela ordem jurídica.<sup>1867</sup>

Reconhece-se atualmente à moralidade administrativa algumas importantes funções, como a de limitar o exercício do poder administrativo<sup>1868</sup> e, noutra perspectiva, de possibilitar amplo controle – judicial, legislativo, político, administrativo e social – dos atos e omissões do poder público. Também é função do princípio da moralidade aumentar a eficiência na gestão da coisa pública a partir da construção legislativo-jurisprudencial-doutrinária da ideia de *boa administração*.<sup>1869</sup>

Em razão de seu importante papel como base de sustentação da cidadania e da boa administração, o princípio da moralidade administrativa “não deve acolher posicionamentos doutrinários que limitem a sua extensão”.<sup>1870</sup> O estudo do caso concreto

---

<sup>1864</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade...*, cit., out./dez. 1992, pp. 01-33.

<sup>1865</sup> A *boa administração*, para Moreira Neto, “é um imperativo moral do administrador público, cuja violação, embora possa escapar às malhas da legalidade, pode prender-se nas da licitude.”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade...*, cit., 1992, pp. 01-33.

<sup>1866</sup> O bem administrar, segundo Delgado, “se constitui numa atuação conjuntural que produza, eficazmente, condições para que o fim a que se destina o Estado seja atingido. Por isso, se torna bem claro que bem comum e moralidade administrativa são ideais que jamais se podem objetivar de modo total em simples regramento de direito positivo. Eles se caracterizam e se tornam visivelmente presentes através das ações concretas do administrador público quando se apresentam totalmente desprovidas de qualquer desvio ou abuso de poder. A moralidade administrativa, como a moralidade comum, é imanente ao direito por não exprimir-lhe mais que a própria validade da norma. Ela é parte íntima do direito positivo, que a tem como pressuposto fundamental. A sua violação implica tornar inválido e censurável o ato praticado com apoio na norma, mesmo que não exista qualquer dispositivo regrado expresso dizendo a respeito.”. DELGADO, José Augusto. *O princípio...*, cit., 1992, pp. 198-309.

<sup>1867</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade...*, cit., 1992, pp. 01-33.

<sup>1868</sup> Para Delgado, “A moralidade tem a função de limitar a atividade da administração. Exige-se, com base nos postulados, que a forma, que o atuar dos agentes públicos atenda a uma dupla necessidade: a de justiça para os cidadãos e de eficiência para a própria administração, a fim de que se consagrem os efeitos-fins do ato administrativo consagrados no alcance da imposição do bem comum.”. DELGADO, José Augusto. *O princípio...*, cit., 1992, pp. 198-309.

<sup>1869</sup> “A função da moralidade administrativa é de aperfeiçoar a atividade pública e de fazer crescer no administrado a confiança nos dirigentes da Nação. Ela visa o homem como administrado, em suas relações com o Estado, contribuindo para o fortalecimento das instituições públicas.”. DELGADO, José Augusto. *O princípio...*, cit., 1992, pp. 198-309.

<sup>1870</sup> DELGADO, José Augusto. *O princípio...*, cit., 1992, pp. 198-309.

pelo aplicador do direito é que propiciará a adequada valoração sobre a observância ou não pelos agentes públicos do padrão de conduta ética que se espera da Administração.

A partir dos sentimentos auferidos no campo moral é possível delinear e nortear a regra de direito. O princípio da moralidade administrativa, neste contexto, torna possível identificar e “proteger os que estão de boa-fé e, na outra vertente, castigar os que agem com malícia e perseguem a fraude”.<sup>1871</sup> O exercício da função administrativa deve, pois, ser direcionado pela moralidade (além, claro, de outros princípios também aplicáveis), de modo a tornar imperativo que os atos (ou omissões) dos agentes públicos não sacrifiquem ou restrinjam injustamente direitos de particulares. O princípio da moralidade administrativa, pode-se dizer, atua como um “mecanismo aglutinador, extraindo o sumo de todos os princípios regentes da atividade estatal e condensando-os em *standards*”.<sup>1872</sup>

Pois bem, como visto anteriormente, o poder regulamentar da Administração traduz-se propriamente num *dever regulamentar*<sup>1873</sup> sempre que houver uma norma constitucional ou legal a exigir uma conduta positiva do administrador, consistente em editar eventual regulamento administrativo necessário à concretização de direitos. Noutro enfoque, a moralidade administrativa está umbilicalmente conexas à legalidade e, mais do que isso, à impessoalidade administrativa, e, quando atendida, vincula a conduta à finalidade que lhe foi abstratamente atribuída pelo ordenamento jurídico, consubstanciando-se em “*regra de civilidade essencial à sobrevivência das instituições democráticas*”.<sup>1874</sup> Nessa linha de raciocínio, a omissão normativa injustificada da Administração, designadamente no que tange ao dever de expedir regulamentos administrativos para o exercício de direitos, para além de materializar um vício de legalidade, proporcionalidade e eficiência, *esbarra* na qualidade ética do “comportamento virtuoso do agente que encarna, em determinada situação, o Estado administrador”.<sup>1875</sup>

---

<sup>1871</sup> GARCIA, Emerson. *A moralidade...*, cit., 2002, p. 153-173.

<sup>1872</sup> GARCIA, Emerson. *A moralidade...*, cit., 2002, p. 153-173.

<sup>1873</sup> Conforme, entre outros: SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse...*, cit., MCMLV, p. 198 e ss.

<sup>1874</sup> ZANCANER, Weida. *Razoabilidade...*, cit., 1993, p. 210.

<sup>1875</sup> Cármen Lúcia Antunes Rocha ainda destaca que “a moralidade administrativa não se restringe à verificação da obtenção de utilidade para a garantia de um determinado interesse público tido como meta da ação do agente. Mais que isto, a moralidade administrativa que se pretende ver acatada adentra o reino da finalidade de garantia da realização dos valores expressos na ideia de bem e da honestidade, que se pretendem ver realizados segundo o Direito legítimo”. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios...*, cit., 1994, p. 192-193.

Quando se indaga especificamente sobre a inatividade normativa da Administração, o princípio da moralidade administrativa tem sua aplicação mais visível principalmente em duas situações distintas: a) na verificação se a inércia normativa não é apenas uma forma maliciosa de descumprir o objetivo traçado pela norma jurídica, hipótese em que o silêncio administrativo caracterizaria uma forma de desvio de finalidade, como já analisado; b) no controle *puro e simples* da inatividade administrativa, a fim de constatar se tal prejudica direitos subjetivos consagrados no ordenamento jurídico cuja concretização é imposta à Administração Pública. Em ambas as situações a moralidade administrativa traduz-se num poderoso *standard* para se aferir acerca da *ilicitude* dos comportamentos omissivos do poder público.

Tendo-se em conta que a moralidade é “pressuposto de ação administrativa”<sup>1876</sup>, o administrador deve se conscientizar de que a *moral* de seu poder-dever de editar regulamentos administrativos *começa* com a observância não só dos limites normativos prescritos na norma superior, como também de vários outros princípios que informam genérica e abstratamente a função administrativa, e *termina* com a satisfação do objetivo de interesse público delineado na norma habilitante. Assim, não há espaço para decidir *como e quando*<sup>1877</sup> será expedido um regulamento administrativo imposto pela ordem jurídica, notadamente se dele decorrem direitos aos administrados.

O direito, portanto, tem de recusar condutas que, mesmo silenciosas, lhe retiram o propósito de bem servir à coletividade. A não expedição de regulamentos administrativos, quando injustificada, configura um comportamento *improbo* da Administração, que com seu silêncio violador acaba por *esvaziar e/ou retardar* um comando normativo superior. A moralidade administrativa, saliente-se, foi alçada a norma constitucional precisamente com o propósito de redefinir o parâmetro de controle dos comportamentos que exorbitassem o *espaço da lei*. Por isso, a passividade normativa frente ao encargo legal de agir é um comportamento que, ainda que ilegal não fosse, seria fragrantemente *imoral*, por ferir o *padrão ético* que se espera dos administradores públicos num cenário de boa administração.

---

<sup>1876</sup> DELGADO, José Augusto. *O princípio...*, cit., 1992, pp. 198-309.

<sup>1877</sup> A não ser quando a própria lei habilitante estabelece um prazo flexível, dentro do qual o administrador poderá valorar discricionariamente sobre o *melhor momento* – tendo por referência o interesse público – para expedir o regulamento imposto pelo ordenamento.



Por fim, deve-se reforçar que a ilicitude na inatividade normativa não perpassa pela valoração do elemento subjetivo da conduta da autoridade pública competente, mas, objetivamente, pela verificação de sua contrariedade ao direito, que restará configurada nas hipóteses em que a Administração tinha possibilidade de expedir o regulamento reclamado pela ordem jurídica e não o fez, lesando com sua *desleal omissão* direitos juridicamente tutelados.

A inatividade formal da Administração, portanto, apresenta aptidão para, em tese, ofender os princípios da legalidade, da proporcionalidade, da eficiência e da moralidade administrativa, todos eles previstos expressamente no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa possível contraposição decorrerá uma consequência jurídica inafastável: a ilicitude do comportamento omissivo da Administração. E esta ilicitude, diga-se, deverá ser aferida objetivamente, isto é, sem investigação sobre eventual culpa ou dolo<sup>1878</sup> da autoridade competente para a expedição do ato normativo. É sobre isto que cuida o tópico a seguir.

#### **4.6. A distinção entre *ilicitude* e *culpabilidade* e a busca por um novo modelo de responsabilização estatal pela inércia normativa da Administração Pública**

Conforme examinado no capítulo anterior, o § 6º<sup>1879</sup> do art. 37 da Constituição brasileira de 1988 consagrou a responsabilidade objetiva das entidades públicas pelos danos que seus agentes causem a terceiros, assegurado o *direito*<sup>1880</sup> de regresso ao agente responsável, nos casos de dolo e culpa. O mesmo dispositivo estende a responsabilidade objetiva aos danos causados por pessoas jurídicas de direito privado, quando no exercício de função administrativa.

---

<sup>1878</sup> A análise do elemento subjetivo da conduta (culpa ou dolo) somente será levada a efeito num segundo momento, isto é, quando do exercício do *direito* de regresso em favor do Estado, que será analisado na sequência.

<sup>1879</sup> A redação do § 6º do art. 37 da Constituição é a seguinte: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

<sup>1880</sup> A mesma norma constitucional que proclama a responsabilidade civil objetiva do Estado também impõe o *direito* de regresso, que, como desenvolvido no capítulo anterior, trata-se na verdade de autêntico *dever de regresso* a ser exercido pelo Poder Público contra o agente causador do dano, nos casos em que cabível (culpa ou dolo). O ônus da prova em relação à culpa ou ao dolo do agente, evidentemente, incumbe ao Estado.

O Código Civil brasileiro de 2002 também confere idêntico tratamento ao tema da responsabilidade civil extracontratual do Estado.<sup>1881</sup> Portanto, não há espaço para qualquer tipo de dúvida em relação aos danos provocados a terceiros em decorrência do exercício da função administrativa: o Estado brasileiro adota a responsabilidade *objetiva*<sup>1882</sup>, com base na teoria do *risco administrativo*<sup>1883</sup>. Deve-se registrar, contudo, que o tema está longe de ser pacífico, pois se inexistem dúvidas em relação à adoção da responsabilidade objetiva pelas *condutas comissivas*, quando o prejuízo é provocado por *omissão*, contudo, ainda hoje há importante divergência doutrinário-jurisprudencial no cenário jurídico brasileiro, o que causa insegurança jurídica ao administrado e também ao próprio Estado.

A principal distinção entre as responsabilidades objetiva e subjetiva, não custa lembrar, reside na circunstância segundo a qual, para a configuração da responsabilidade subjetiva, faz-se necessária a comprovação do elemento subjetivo da conduta (culpa em sentido amplo)<sup>1884</sup>, enquanto a responsabilidade objetiva dispensa tal exigência, satisfazendo-se apenas com a presença da *ação* e do *dano*, além da obrigatória *relação de causalidade*<sup>1885</sup> a connexioná-los.

A responsabilidade objetiva do Estado pelas *ações* danosas de seus agentes, já retratada no capítulo anterior, a partir deste momento não mais interessa a esta investigação. Possui relevo, doravante, apenas a *omissão* do Poder Público, designadamente a não expedição de regulamentos administrativos reclamados pela ordem jurídica para a concretização de direitos de particulares. Portanto, é a *inatividade*

---

<sup>1881</sup> Código Civil brasileiro – Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

<sup>1882</sup> A responsabilidade objetiva é atualmente declarada por diversos ordenamentos jurídicos como a regra central de responsabilização estatal, como ocorre no Direito brasileiro. Sobre este ponto, importante o alerta do professor Vieira de Andrade, para quem os “sistemas que se reclamam da responsabilidade objectiva apenas pela circunstância de eliminarem a culpa ou a prova da culpa, acabam por estabelecer qualificações da ilicitude, para efeitos da sua relevância indemnizatória, que, pela via do agravamento ou da atenuação, implicam juízos de censura comportamental, ainda que não individualizada, sugerindo que a finalidade do sistema não é meramente reparatória”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A responsabilidade...*, cit., 2011, p. 350.

<sup>1883</sup> Por todos, CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual...*, cit., 2015, p. 577.

<sup>1884</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2010, p. 65.

<sup>1885</sup> Apenas para registrar que há na doutrina várias divergências acerca dos *pressupostos da responsabilidade civil*, seja entre particulares, seja envolvendo o Estado. Antunes Varela, por exemplo, indica como elementos da responsabilidade civil os seguintes: “a) a violação de um direito ou interesse alheio; b) a ilicitude; c) o vínculo de imputação do facto ao agente; d) o dano; e) o nexo de causalidade”. VARELA, Antunes. *Lições feitas ao curso do 3º ano jurídico de 1967-68*. Coimbra: Ed. Polic., 1968, p. 347.

*administrativa injustificada* que agora será objeto de exame à luz da teoria geral da responsabilidade extracontratual do Estado.

Pois bem, quanto às omissões estatais, parcela majoritária da doutrina brasileira tem abraçado a corrente subjetiva<sup>1886</sup>, exigindo para a responsabilização estatal a comprovação do elemento subjetivo da conduta, isto é, da *culpa* (sentido amplo) que restará configurada tanto nos casos em que houver a identificação de *culpa pessoal* do agente, quanto na hipótese de ocorrência de “culpa anônima da administração”, ou seja, a *faute du service* dos franceses<sup>1887</sup>. É fácil notar que a possibilidade de reparação apenas nos casos de *inatividade culposa* da Administração é por demais restritiva e inviabiliza, muitas vezes, a reparação de danos provocados pelo *silêncio administrativo*, pois há hipóteses em que a inércia é ofensiva à ordem jurídica, mas não vem, no caso concreto, *marcada* pela culpa do agente ou do serviço. Sobre o tema, o Poder Judiciário brasileiro, na maioria das vezes que se depara com ações de reparação de danos causados por omissão estatal, tem aderido à tese *subjetivista*<sup>1888</sup>, algumas vezes com o propósito, equivocado, de não “inviabilizar economicamente” um Estado pesado, burocrático e ineficiente, que, bem por isto, viveria às barras dos tribunais pagando por suas omissões e descasos para com os administrados.

Embora as teses *objetivista* e *subjetivista* sejam igualmente úteis e complementares no campo da responsabilidade civil, quando se cuida particularmente das condutas omissivas da Administração, parece certo que um novo tratamento deve ser dado ao tema, já que o quadro jurídico atual não consegue solucionar com equidade todos os casos de danos ocasionados pela inércia administrativa. Nessa perspectiva, o ponto nuclear do novo modelo ora proposto de reparação de danos nos casos de *inatividade estatal* passa pela fundamental distinção técnico-jurídica entre duas expressões que se conectam mas não se confundem: *conduta ilícita* e *conduta culposa*.

*Conduta culposa* é aquela a ser cotejada a partir de uma análise do elemento subjetivo comportamental, isto é, por meio da valoração da intenção do agente (dolo) ou de

---

<sup>1886</sup> Entre outros: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, cit., 2015, pp. 1041-1042; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, cit., 2015, p. 799; CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado...*, cit., 2002, p. 236.

<sup>1887</sup> Conforme, entre tantos: RIVERO, Jean. *Direito...*, cit., 1981, p. 319 e ss.

<sup>1888</sup> (STJ, REsp 1230155/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, julgamento: 05.09.2013; STF, RE 382054, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, julgamento: 03.08.2004)

sua atuação imprudente, negligente ou imperita (culpa em sentido estrito). Por certo que a conduta culposa ofende o sistema jurídico e, portanto, carrega consigo a indelével marca da ilicitude. Já a *conduta ilícita* possui um espectro muito maior, pois engloba em seu campo de incidência não só as condutas culposas, de abrangência mais restrita, mas também qualquer outra ação ou omissão que conquanto não seja culposa, também se incompatibiliza com o direito. Numa palavra: será *ilícita* a conduta culposa, assim como *qualquer outra* que, independente de valoração do elemento volitivo, estiver em desacordo com os princípios e regras que informam a função administrativa<sup>1889</sup>. Se, por exemplo, uma lei traz em seu texto a exigência de ser expedido regulamento administrativo no prazo de 30 (trinta) dias e tal providência, injustificadamente, não for adotada pelo órgão competente, esta inatividade administrativa será *ilícita* e, como tal, fonte de responsabilidade civil, independentemente de possível aferição de culpa *pessoal* ou *do serviço*.

Noutros termos, um comportamento ilícito abarca não apenas as situações culposas e dolosas, mas também outras que prescindem de valoração do elemento subjetivo simplesmente porque, autonomamente, já se revelam impregnadas por vícios de antijuridicidade, isto é, são, na sua essência objetivamente contrárias ao direito. Portanto, toda omissão culposa será à evidência uma omissão ilícita, mas nem toda omissão ilícita será necessariamente culposa. A omissão culposa nada mais é, pois, que uma *espécie* do *gênero* omissão ilícita. Para além da omissão culposa, serão ilícitas também a omissão *ilegal*, a omissão *imoral*, a omissão *desarrazoada* e a omissão que se incompatibiliza com a ideia de boa administração, por exemplo.

Nessa perspectiva, a consideração sobre a ilicitude da omissão estatal deve “transcender a abordagem subjetivista acerca da prova da imperícia, da imprudência, da negligência ou da intencionalidade”<sup>1890</sup> para se adequar à ideia de *juridicidade*, já retratada, pois em qualquer conduta omissiva que ocasione danos a particulares o que deve ser levado em conta para fins de reparação é a contrariedade de tal à ordem jurídica, e não

---

<sup>1889</sup> Deve-se registrar aqui a opinião divergente de Pessoa Jorge, para quem o “comportamento objectivamente ilícito é simultaneamente culposo”. JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., 1999, p. 65. O entendimento sustentado nesta investigação é que, nos danos provocados por omissão, é possível caracterizar a *ilicitude* da inércia administrativa ainda que não identificada, no caso concreto, a presença do elemento subjetivo da conduta (culpa).

<sup>1890</sup> FREITAS, Juarez. *Responsabilidade...*, cit., 2006, p. 185.

simplesmente relegar a discussão ao *espaço da culpa*, hipótese que parece atender mais ao interesse público secundário<sup>1891</sup> do que propriamente ao bem comum.

Em síntese, se é verdade que o Estado não deve ser nivelado a uma condição de *segurador universal das mazelas sociais*<sup>1892</sup>, indenizando por toda sorte de infortúnios sofridos pelos administrados, não é menos verdade que “tampouco deverá ser omissor e descumpridor dos deveres defensivos e prestacionais ou positivos”<sup>1893</sup>. A propósito, não se pode esquecer que a *relação jurídica administrativa*, no dizer de Cabral de Moncada, é um vínculo *especial*, isto é, pressupõe um “contacto mais próximo entre a Administração e o particular que se distingue do simples contacto geral entre o Estado e o cidadão”<sup>1894</sup>. Por outras palavras, este vínculo entre a Administração e o administrado insere a função administrativa “num quadro material de natureza *relacional*”<sup>1895</sup>, ou seja, integralmente subordinada não só às regras mas também aos princípios administrativos.

A ideia de ilicitude em um âmbito de predomínio sobre a de culpa é adveniente do direito francês, em que a *faute* é conexas não apenas com as condutas culposas (em sentido amplo), mas, antes, como uma violação (consciente) de um dever ou obrigação impostos pelo ordenamento jurídico, circunstância que pode ser evidenciada pela inobservância de deveres impostos por normas jurídicas; e ainda, nos casos em que não haja tais exigências legais, na violação de dever de conduta prudente e diligente que de todos se espera, consubstanciada no princípio geral de não causar prejuízo injusto a outro, sob pena de indenizar.<sup>1896</sup>

A distinção a qual nos referimos, entre conduta culposa e conduta ilícita, é retratada no novo Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas de Portugal. Com efeito, os artigos 9º<sup>1897</sup> e 10º<sup>1898</sup> do RRCEE (Lei nº

---

<sup>1891</sup> É conhecida a clássica lição de Alessi, segundo a qual o interesse *público* não é nada mais do que o interesse coletivo primário considerado como sujeito de tutela direta para a ação administrativa, enquanto que o interesse da Administração, enquanto entidade organizada, não representa senão um dos interesses secundários que existem em determinado grupo social. ALESSI, Renato. *Instituciones...*, cit., 1970, pp. 184-186.

<sup>1892</sup> Expressão utilizada por MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, cit., 2004, p. 898.

<sup>1893</sup> FREITAS, Juarez. *Responsabilidade...*, cit., 2006, p. 185.

<sup>1894</sup> MONCADA, Luís S. Cabral de. *A relação...*, 2009, p. 20.

<sup>1895</sup> MONCADA, Luís S. Cabral de. *A relação...*, 2009, p. 18.

<sup>1896</sup> Conforme VINEY, Geneviève; JOURDAN, Patrice. *Les Conditions de la Responsabilité. In Traité de Droit Civil de Jacques Ghestin*, 3ª ed. Paris: LGDJ, 2006, pp. 374-413.

<sup>1897</sup> Artigo 9.º Ilícitude

67/2007, de 31 de dezembro), abordam respectivamente a *ilicitude* e a *culpa*. O campo da ilicitude, mais amplo, abarca ações e omissões que contrariem regras e princípios constitucionais, legais e regulamentares; a conduta culposa, diferentemente, é aferida a partir da diligência e aptidão do agente público no exercício de suas funções. Como se vê, são conceitos jurídicos que não se incompatibilizam, antes, se complementam.

Mário Aroso de Almeida, comentando a legislação portuguesa antes transcrita, destaca a significativa “ampliação do conceito de ilicitude”, da qual sobressai o “predomínio da ideia de ilicitude sobre a de culpa”.<sup>1899</sup> É possível, neste plano, identificar duas modalidades de ilicitude capazes, igualmente, de suscitar a reparação estatal, sendo a primeira relacionada aos danos provocados por condutas ilegais, sejam ações ou omissões, enquanto a segunda resulta de condutas materiais *ilícitas* danosas a particulares. Numa palavra: “ilicitudes por ilegalidade e ilicitudes por inobservância de deveres objetivos de cuidado”<sup>1900</sup>. A expressão “ilicitude por ilegalidade”, em nosso sentir, deve ser substituída por *ilicitude por antijuridicidade*, com o objetivo de taxar como ilícito todo comportamento que se contrapuser ao ordenamento jurídico como *um todo*, nele inseridos, por evidente, os princípios constitucionais e infraconstitucionais que orientam a atividade administrativa do Estado.<sup>1901</sup>

---

1 - Consideram-se ilícitas as ações ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infringam regras de ordem técnica ou deveres objetivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos.

2 - Também existe ilicitude quando a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos resulte do funcionamento anormal do serviço, segundo o disposto no n.º 3 do artigo 7.º

<sup>1898</sup> Artigo 10.º Culpa

1 - A culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor.

2 - Sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume-se a existência de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos.

3 - Para além dos demais casos previstos na lei, também se presume a culpa leve, por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância.

4 - Quando haja pluralidade de responsáveis, é aplicável o disposto no artigo 497.º do Código Civil.

<sup>1899</sup> ALMEIDA, Mário Aroso de. *Art. 9º – Ilicitude*. In Comentário ao Regime de responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 242.

<sup>1900</sup> ALMEIDA, Mário Aroso de. *Art. 9º – Ilicitude...*, cit., 2003, p. 243.

<sup>1901</sup> Vieira de Andrade destaca a natureza complexa e qualificada do termo *ilicitude*, referindo que o comportamento para ser considerado como tal será constituído de uma antijuridicidade *objetiva* ou de conduta, somada a uma ilicitude *subjetiva* ou de resultado, o que corresponde justamente às exigências dogmáticas da responsabilidade civil do Estado. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do exercício da função legislativa*. In Revista de Legislação e de Jurisprudência. Ano 142º, Nº 3980, Maio-Junho 2013, Coimbra Editora, p. 291.

Portanto, nos casos de omissão do Poder Público a *ilicitude* deve servir de parâmetro indenizatório, pois é solução mais adequada do ponto de vista da moralidade e do próprio senso de justiça. *Ilícita*, para fins de reparação estatal, é a conduta administrativa que se contraponha ao ordenamento jurídico, isto é, o comportamento que, num plano de aferição *objetiva*, viola os princípios e regras que informam o regime constitucional-administrativo. *Ilícito*, portanto, é aquilo que é contra o direito, dizendo respeito “ao ato em si, objetivamente considerado, desligado da intenção do sujeito”<sup>1902</sup>. Assim, adota-se uma concepção *objetivista* da ilicitude, na qual se olha “apenas a conduta na sua materialidade ou exterioridade e verifica a desconformidade dela com o que o direito queria”.<sup>19031904</sup>

Os casos de violação de regras e princípios, como já analisado em tópicos anteriores, alcançam uma especial dimensão para a presente investigação, haja vista que por força dos princípios expressos e implícitos na Carta brasileira de 1988, tais como os da moralidade e eficiência, entre outros, a inatividade formal da Administração pode ser aferida desconectadamente da conduta pessoal da autoridade competente para a emissão do regulamento, perspectivando com isso que o *dano injusto* seja reconhecido como o pressuposto mais importante da reparação estatal, em consonância com o que sustenta a doutrina mais moderna que se debruça sobre o tema<sup>1905</sup>. Nesse contexto, a regulamentação normativa dos atos emanados do parlamento vincula o exercício de poder público de autoridade, *in casu* o poder regulamentar, tornando obrigatória a atividade de concretização da vontade legislativa por meio da função administrativa.

Assim, caso a Administração, injustificadamente, seja omissa no seu dever de expedir regulamento administrativo e com isso frustre a legítima expectativa dos administrados à fruição de um direito já reconhecido pelo ordenamento jurídico, restará

---

<sup>1902</sup> LOPES, Teresa Ancona. *Principais linhas...*, cit., 2006, pp. 111-152.

<sup>1903</sup> Conforme JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., 1999, p. 63.

<sup>1904</sup> A ilicitude, segundo Antunes Varela, “pode traduzir-se na violação de um direito subjectivo de outrem ou, ainda, consistir na violação de uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios”. VARELA, Antunes. *Das obrigações...*, v. I, cit., 2000, p. 537.

<sup>1905</sup> Entre outros: ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade Patrimonial do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2010; BRAGA NETO, Felipe Peixoto. *Manual...*, cit., 2015; CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

configurada a prática de um comportamento ilícito.<sup>1906</sup> A omissão administrativa, em casos como tais, é antijurídica e, portanto, deve ser sancionada *administrativamente*, nesta hipótese apenas se houver identificação do elemento subjetivo da conduta do agente e, caso ocasione danos a terceiros, também repercutirá no campo da responsabilidade civil, sendo que, neste último caso, independentemente da comprovação de culpa ou dolo da autoridade competente.

Portanto, quando se perquire acerca da responsabilidade civil do Estado, em especial nos casos de omissão, não se deve confundir, sob nenhuma hipótese, os vocábulos *culpabilidade* e *ilicitude*. Nesse sentido também é a lição de Giselda Hironaka, para quem a *ilicitude*, em seu mais rigoroso e técnico sentido, é de natureza objetiva, e, por isso, tão bem oferece-lhe, como sinônima, a expressão *antijuridicidade*. O ato é ilícito porque viola a lei, viola o direito objetivo, sendo eventualmente possível que, em decorrência disso, não se veja violado um direito subjetivo. Nessa toada, para que seja configurada a antijuridicidade não é necessário que tenha ocorrido, também e conseqüentemente, violação do direito subjetivo de alguém. Basta, pois, que o ato praticado tenha causado lesão a um interesse genericamente tutelado por lei.<sup>1907</sup>

Para Juarez Freitas, quando se tratar de uma inatividade determinada ou determinável, ensejadora do nexo causal direto – em razão do descumprimento de dever positivo –, o ônus da prova das excludentes incumbe às pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público, independentemente de indagação adstrita à noção de omissão *voluntária*, negligência ou imprudência, nos termos do Código Civil, art. 927, *caput*<sup>1908</sup>, tendo em conta que, à semelhança do que ocorre com as condutas positivas, a responsabilidade extracontratual por omissão haverá de ser “proporcional e objetiva, com a mencionada inversão do ônus da prova que não se confunde com a simples presunção de culpa do Poder Público”.<sup>1909</sup>

---

<sup>1906</sup> Em sentido semelhante: ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade...*, cit., 2010, p. 162; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 15.

<sup>1907</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano*. Disponível em: [www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Giselda\\_excludentes.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Giselda_excludentes.doc). Acesso em: 19.01.2016.

<sup>1908</sup> CC/2002, art. 927. “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

<sup>1909</sup> FREITAS, Juarez. *Responsabilidade...*, cit., 2006, p. 181.



Em síntese, a não expedição de um regulamento administrativo será um comportamento ilícito e, pois, fonte de responsabilidade civil, nas hipóteses em que se contrapuser ao ordenamento jurídico, em especial pela inobservância aos princípios constitucionais que orientam a atividade administrativa. Essa ilicitude que decorre da contrariedade aos princípios constitucionais traz em si duas premissas importantes: o resgate da Constituição para a Administração Pública<sup>1910</sup> e a mudança de foco em relação a responsabilidade civil, que passa a se preocupar mais com o dano injusto sofrido pelo administrado do que com aquele que o causou<sup>1911</sup>. Este modelo de reparação que ora se sustenta é o que melhor atende aos reclamos da sociedade atual por mecanismos eficazes de proteção contra as omissões injustificáveis da Administração<sup>1912</sup>, não só com o objetivo de prevenir a inércia administrativa, que por si só já se revela um comportamento anormal, mas também para tornar viável a reparação de danos nos casos em que a Administração se mantém inerte diante de um encargo legal de agir e, em decorrência desta inoperância ilícita, gera danos injustos ao administrado.<sup>1913</sup>

Nessa perspectiva, passa-se agora à consolidação dos argumentos que confirmam a inatividade formal da Administração como conduta ilícita e, pois, fonte de responsabilidade civil. Em primeiro lugar, a passividade injustificada da Administração é ilícita porque viola o princípio da legalidade, pois se há um comando legal habilitando e ao mesmo tempo impulsionando a atividade do administrador público e este, contrariando-o, se mantém inerte, seu silêncio se contrapõe à *legalidade*<sup>1914</sup>. Não se pode admitir que a Administração Pública, por ação ou omissão, adote comportamentos desalinhados com

---

<sup>1910</sup> Expressão utilizada por MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O Administrative...*, cit., 2012, pp. 387-420.

<sup>1911</sup> Maria Celina Bodin de Moraes leciona que “A constitucionalização do direito dos danos impôs, como se viu, a releitura da própria função primordial da responsabilidade civil. O foco que tradicionalmente recaía sobre a pessoa do causador do dano, que por seu ato reprovável deveria ser punido, deslocou-se no sentido da tutela especial garantida à vítima do dano injusto, que merece ser reparada. A punição do agente pelo dano causado, preocupação pertinente ao direito penal, perde a importância no âmbito cível para a reparação da vítima pelos danos sofridos”. MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. In: Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 331.

<sup>1912</sup> Como ensina Patrice Jourdain, “o direito teve de se adaptar às transformações da sociedade e às exigências novas da reparação dos danos”. Essa adaptação deve ser contínua, para impor, tanto quanto necessário, a revisão dos fundamentos da responsabilidade civil. JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la Responsabilité Civile* Paris: Éditions Dalloz, 5<sup>a</sup> edition, 2000, p. 18.

<sup>1913</sup> Segundo a doutrina de Perlingieri e Corsaro, a responsabilidade civil deve ser vista como “uma reação ao dano injusto”, sendo que tal injustiça define o próprio âmbito de atuação da responsabilidade. PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2003, p. 618.

<sup>1914</sup> Segundo a doutrina de SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría...*, cit., 2003, p. 194.

algum mandamento constitucional ou legal, sob pena de negar-se a própria existência do estado de direito. Por outros termos, existindo uma norma jurídica a impor a expedição de um regulamento, tanto é ilícita a emissão da norma regulamentar em desacordo com os limites fixados na norma superior, como, mais ainda, a inatividade normativa da Administração que revela ao mesmo tempo *uma* forma peculiar de desprestigiar o parlamento e também *uma* falta de zelo na concretização dos direitos dos administrados. Extrai-se do princípio da legalidade que quando o parlamento habilita a Administração a agir, impondo as balizas para tanto, sua inação injustificada é verdadeira afronta à separação de poderes e ao estado de direito, por meio dos quais compete à norma constitucional ou legal *dirigir* a atividade administrativa (*Gesetzeesdirigierte Verwaltung*).<sup>1915</sup>

Ao habilitar a Administração a agir e também fixar os limites para sua atuação a lei na verdade consubstancia uma verdadeira *obrigação de fazer*<sup>1916</sup> que submete a Administração, ou seja, um encargo (*Auftrag*)<sup>1917</sup> a impulsionar a conduta administrativa com vistas a concretizar os direitos nela dispostos. Assim, como *encargo* que é, não resta alternativa ao poder público nesses casos senão editar o ato normativo reclamado pela lei habilitante, caso contrário sua inatividade formal estará eivada de ilicitude.

Ainda no que concerne ao princípio da legalidade, não se pode perder de vista que a competência administrativa para edição de regulamentos administrativos – assim como qualquer outra – é de caráter *irrenunciável*, isto é, não pode a Administração Pública dela *descurar*, *abrir mão* ou simplesmente *silenciar*, e muito menos valorar sobre a conveniência e oportunidade de utilizá-la. Por outras palavras, havendo norma superior impondo a expedição de regulamento administrativo, a autoridade não apenas não poderá desincumbir-se dessa competência como também não poderá efetuar juízo de valor sobre a conveniência de se atuar ou não, haja vista a definição precisa, pela norma habilitante, do *interesse público* a ser alcançado, o que torna a conduta administrativa regradada, obrigatória.<sup>1918</sup>

---

<sup>1915</sup> Conforme SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría...*, cit., 2003, p. 212.

<sup>1916</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría...*, cit., 2003, pp. 71 e 194.

<sup>1917</sup> Nesse sentido, entre outros, SCHEUNER, U. *Das Gesetz als auftrag der verwaltung*. DÖV, 1968, pp. 590-592.

<sup>1918</sup> Conforme ALESSI, Renato. *Instituciones...*, cit., 1970, p. 188.

Portanto, a concretização dos direitos fundamentais dos particulares exige uma relação harmoniosa entre o Poder Legislativo e a Administração Pública, que consiste, entre outras coisas, no dever imposto a *esta* de editar os regulamentos necessários à materialização do direito criado por *aquela*. A norma superior que exige a edição de um regulamento administrativo impõe a atuação administrativa e ao mesmo tempo habilita a Administração Pública a exercer o seu poder-dever de expedir o regulamento faltante. Trata-se, como dito, de uma imposição (encargo) e não de mera faculdade.

Além disso, o poder administrativo não é um simples adereço que se usa a bel prazer. É, ao contrário, instrumento indispensável ao exercício da função administrativa, que deve ser utilizado quando assim imposto pela ordem jurídica. Consequentemente, enquanto prerrogativa instrumental necessária ao cumprimento da legalidade no âmbito de sua *vinculação positiva*<sup>1919</sup>, o poder administrativo consubstancia não simplesmente um poder, mas antes, um *poder-dever*, pois quem o detém deve *obrigatoriamente exercê-lo*<sup>1920</sup> nas hipóteses previstas na lei habilitante.

Por fim, o silêncio normativo que *tenha por finalidade* esvaziar o conteúdo normativo da lei, além da ilicitude decorrente do simples desrespeito ao comando legal, pode revelar também uma forma peculiar de *détournement de pouvoir*<sup>1921</sup>. Neste caso, diferentemente do que ocorre na versão tradicional da teoria do desvio de poder, o objetivo traçado pela lei habilitante não é alcançado pela *ação desviante* (dolosa ou culposa) do administrador, mas, antes, pelo contrário, isto é, pelo seu simples descaso e indiferença.

Pois bem, vimos noutra lugar que com o transcorrer do tempo o princípio da legalidade precisou passar por uma releitura doutrinário-jurisprudencial que teve como objetivo ampliar-lhe o *espectro*, adaptando-o às necessidades deste início de século. Em vez de legalidade, passou-se a defender a sujeição da função administrativa ao princípio da juridicidade, mais amplo e adaptável. Com isso a Administração Pública passou a se sujeitar a uma *legalidade mais exigente*<sup>1922</sup> e não apenas a lei formal, isto é, a atividade administrativa passou a ficar vinculada a outras fontes normativas, tais como as normas

---

<sup>1919</sup> PUENTE, Marcos Gómes. *La inactividad...*, cit., 1997, p. 82.

<sup>1920</sup> Assim, entre outros: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, cit., 2005, p. 105; HERNÁNDEZ, C. Escobar. *El recurso...*, cit., 1993, p. 55; MAXIMILIANO, Carlos. *Heremênutica...*, cit., 1952, p. 288, entre outros.

<sup>1921</sup> Conforme a doutrina de Rivero, “desvio de poder é o vício observado nas hipóteses em que a Administração prossegue um fim diferente daquele determinado pela lei, desviando assim do seu fim legal o poder que lhe estava confiado”. *Direito...*, cit., 1981, p. 290.

<sup>1922</sup> Expressão utilizada por OTERO, Paulo. *Legalidade...*, cit., 2003, p. 15.

internacionais, os princípios da Administração Pública e, óbvio, os princípios e regras constitucionais.<sup>1923</sup> Portanto, para além da legalidade estrita, a moderna atividade administrativa deve ser norteada pelo *princípio da juridicidade*, mais aberto e por isso mais adequado a regular a *relação jurídica administrativa*.

Dentro dessa proposta mais abrangente da *juridicidade* e levando-se em conta a proposição segundo a qual os princípios que informam a função administrativa são dotados de normatividade própria<sup>1924</sup>, a inatividade normativa da Administração revela-se antagônica a vários princípios expressos e implícitos na Constituição brasileira de 1988, a começar pelo princípio da proporcionalidade, a sinalizar que a atividade administrativa não pode apresentar desproporções positivas nem negativas, sob pena de reconhecer-se a sua ilegitimidade.

De fato, além da ilicitude que emana da inatividade formal da Administração que viola o encargo criado pela lei habilitante, também não se pode perder de vista a vinculação administrativa em face dos direitos fundamentais, e, conseqüentemente, dos princípios deles derivados, em especial o da proporcionalidade.<sup>1925</sup> A vinculação, nesses casos, impõe a atuação positiva da Administração com o objetivo de concretizar os direitos fundamentais já reconhecidos previamente pelo parlamento. A passividade formal, em casos assim, despreza a ordem jurídica e por isso deve ser considerada ilícita, pois evidencia um inaceitável desencontro jurídico-político entre *funções* do Estado que acaba por ofender o princípio da separação de poderes.

Dentre os subprincípios da proporcionalidade, já examinados, o da *proporcionalidade em sentido estrito* proclama uma *justa medida*<sup>1926</sup> do comportamento administrativo. Em consequência, será desproporcional e, portanto, ilícito, tanto o excesso no exercício da função administrativa quanto sua *inoperância*<sup>1927</sup>. Como se vê, a passividade normativa injustificada da Administração diante de uma imposição legal ou constitucional viola o princípio da proporcionalidade, em cuja estrutura situa-se a perspectiva de um *garantismo positivo*<sup>1928</sup> ou, noutro ângulo, a *proibição por defeito*

---

<sup>1923</sup> Nesse sentido, entre tantos: MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito...*, cit., 2015, p. 73; CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso...*, cit., 2009, p. 55; OTERO, Paulo. *Legalidade...*, cit., 2003, p. 15 e ss.

<sup>1924</sup> Por todos, DWORKIN, Ronald. *Levando...*, cit., 2002; ALEXYS, Robert. *Teoria de los...*, cit., 1993.

<sup>1925</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría...*, cit., 2003, p. 71.

<sup>1926</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual...*, t. IV, cit., 2008, p. 285.

<sup>1927</sup> FREITAS, Juarez. *Responsabilidade...*, cit., 2006, p. 172.

<sup>1928</sup> Conforme STRECK, Lenio Luiz. *A dupla face...*, cit., 2005, p. 179.

(*Untermassverbot*)<sup>1929</sup> ou *proibição da ineficiência*<sup>1930</sup>, que exigem uma conduta proativa do Estado na defesa e proteção dos direitos fundamentais. O princípio da proporcionalidade, portanto, não pode tolerar desproporções positivas ou negativas, sobretudo quando delas decorre a subtração de direitos fundamentais ou o retardamento injustificado de sua concretização.

Em síntese, a não emissão injustificada de um regulamento administrativo, além de configurar comportamento claramente ilegal, também não resiste a um exame de *proporcionalidade*, sobretudo quando houver violação de direitos fundamentais, haja vista que tais direitos vinculam a atuação não só de particulares, mas também – e principalmente – da Administração Pública<sup>1931</sup>. Noutros termos, o princípio da proporcionalidade proíbe a inércia administrativa injustificada, conduta que viola a lógica que se extrai da dimensão protetora dos direitos fundamentais.<sup>1932</sup>

Além dos princípios da legalidade e da proporcionalidade, a inatividade normativa da Administração Pública também encontra uma importante barreira no princípio constitucional da eficiência. Com efeito, o exercício da função administrativa em consonância com o princípio da eficiência exige dos agentes públicos um *agir proativo e diligente* no cumprimento das tarefas impostas pela ordem jurídica. Por isso, havendo o encargo legal para a Administração expedir um regulamento necessário à fruição de direitos, é da própria *essência* do princípio em questão impor à autoridade administrativa o dever jurídico de exercitar “sua competência com a máxima celeridade e presteza”.<sup>1933</sup>

A inserção de tal princípio no texto da Constituição de 1988, que ocorreu somente dez anos depois do início de sua vigência, revela a busca por um novo modelo de Administração, que não pode admitir a inércia e inoperância no seio da *máquina pública*, pois tais comportamentos tendem a subtrair ou retardar a fruição de direitos já reconhecidos pela ordem jurídica. Uma Administração Pública omissa e descompromissada com a concretização de direitos dos administrados é uma contradição em si, já que o papel do poder público é justamente atuar na prossecução do bem comum.

---

<sup>1929</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, p. 273.

<sup>1930</sup> Assim: CLÉRICO, Laura. *Verhältnismässigkeitsgrundsatz...*, cit., 2007, pp. 159-161; HANAU, Hans. *Der Grundsatz...*, cit., 2004, p. 67 e ss.; SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría...*, cit., 2003, p. 73, entre outros.

<sup>1931</sup> Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito...*, cit., 2003, pp. 440 e 441.

<sup>1932</sup> Em sentido semelhante SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría...*, cit., 2003, p. 71 e ss.

<sup>1933</sup> Por todos, GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Responsabilidade...*, cit., 2010, pp. 01-32.

Por isso, as ideias de *inatividade administrativa* e *boa administração* não guardam conexão entre si; antes, são claramente excludentes. De fato, a passividade estatal diante do dever de agir imposto pela norma é conduta ilegítima da Administração e merece reprimenda, pois o princípio da prossecução do interesse público, afirma Freitas do Amaral, “implica, além do mais, a existência de um dever de boa administração”.<sup>1934</sup>

A omissão injustificada da Administração, não há como negar, é conduta contraproducente e que deve ser combatida à luz do princípio da eficiência, pois, conforme já mencionado nesta investigação, *é até mais reprovável* do ponto de vista ético *o simples não agir* do que *o agir equivocado* do Poder Público. Em verdade, o vocábulo *eficiência* conecta-se “à ideia de *ação*, para produzir resultado de modo rápido e preciso”<sup>1935</sup>. Consequentemente, contrapõe-se à lentidão, ao descaso, à negligência, à omissão, características ainda habituais na Administração Pública brasileira.<sup>1936</sup>

Apesar de se relacionar com a proporcionalidade, a eficiência exige mais do que a mera adequação entre meio e fim. Ela exige satisfatoriedade na promoção dos fins atribuídos pela ordem jurídica à Administração Pública<sup>1937</sup>, como, por exemplo, o dever de concretizar direitos por meio da emissão de regulamentos administrativos. Desse modo, ao tomar ciência de seu dever legal de emitir um regulamento, a Administração deve fazê-lo no prazo conferido na norma habilitante ou, na falta de previsão neste sentido, em prazo razoável, caso contrário sua inatividade, se injustificada, será antijurídica, pois “o agir administrativo só será eficiente quando efetivar de modo otimizado o conjunto normativo que lhe é aplicável”.<sup>1938</sup>

A inobservância do princípio da eficiência pode ser objeto de controle interno e externo da Administração, porquanto diz respeito à legitimidade da conduta e não propriamente ao mérito do ato. O dever de boa administração, nomeado pela Carta de 1988 como princípio da eficiência, revela-se na atualidade com um autêntico *dever jurídico*<sup>1939</sup>, razão pela qual a sua inobservância por parte dos agentes públicos pode redundar na responsabilização pessoal destes, que devem exercer com zelo e dedicação as suas

---

<sup>1934</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito...*, v. II, cit., 1988, p. 40.

<sup>1935</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito...*, cit., 2007, p. 126.

<sup>1936</sup> Conforme MEDAUAR, Odete. *Direito...*, cit., 2007, p. 126.

<sup>1937</sup> Conforme ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário: de acordo com a emenda constitucional n° 42, de 19.12.03*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 430.

<sup>1938</sup> Conforme GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Responsabilidade...*, cit., 2010, pp. 01-32.

<sup>1939</sup> Nesse sentido, entre outros: AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito...*, v. II, cit., 1988, p. 41.

competências legais. Por fim, caso a inatividade normativa injustificada da Administração acarrete danos a particulares, estes poderão demandar judicialmente o Estado, bastando para tanto que comprovem a ilicitude da conduta (inércia injustificada), o dano experimentado e o nexo de causalidade entre a passividade estatal e o prejuízo. Em síntese, havendo um *encargo legal* no sentido de emitir uma norma regulamentar, a passividade administrativa não é um comportamento aceitável num contexto de *boa administração*. É, portanto, conduta claramente ilícita, seja porque a norma habilitante impõe uma conduta positiva ao administrador público, seja porque, por outro lado, a inércia, o descaso e a omissão não são meios idôneos para o alcance do interesse público.

Por fim, a inércia formal da Administração também não se sustenta quando confrontada com o princípio da moralidade administrativa, cuja essência faz recair sobre os agentes públicos o dever de obediência a um *padrão ético mínimo* que tem por objetivo resguardar o interesse da coletividade. Esse modelo ético exige, pois, que a boa-fé objetiva seja o fio condutor da função administrativa do Estado, consistindo, em último plano, numa *cláusula* essencial à sobrevivência das instituições democráticas. O princípio da moralidade é tido hoje como um dos principais *standards* de controle dos atos e omissões do poder público. A conduta administrativa deve encontrar seu fundamento e seus limites na legalidade, mas sem se afastar de paradigmas éticos e de boa administração. Se a legalidade é o *pilar* da função administrativa, a moralidade deve ser seu *alicerce*.

Nesse cenário, diante de uma inatividade normativa injustificada, tal comportamento deve ser observado sob o ponto de vista ético, mas num plano meramente objetivo, isto é, sem investigação acerca da intenção do agente. De fato, a moral administrativa deve ser aferida de forma desvinculada da intenção do agente na produção do resultado, valorando-se apenas se a *passividade administrativa* frente a um comando jurídico *de agir* é ou não um comportamento reprovável do ponto de vista ético. O bom comportamento, objetivamente considerado, a que moralmente deve buscar a Administração Pública não pode ser outro senão aquele que esteja em consonância com a *boa administração*, pois a moralidade administrativa, assim como a moralidade comum, “é imanente ao direito por não exprimir-lhe mais que a própria validade da norma”<sup>1940</sup>. Adverte José Augusto Delgado que a moralidade administrativa é parte íntima do direito positivo,

---

<sup>1940</sup> DELGADO, José Augusto. *O princípio...*, cit., 1992, pp. 198-309.

que a tem como um pressuposto fundamental. Bem por isso, a sua violação implica tornar inválido e censurável o ato praticado com apoio na norma, mesmo que não exista qualquer dispositivo regrado expresso neste sentido.<sup>1941</sup>

A moralidade administrativa está conexas à legalidade e, também, à impessoalidade administrativa. Nessa perspectiva, a omissão normativa injustificada da Administração quanto à sua irrenunciável competência de expedir regulamentos administrativos para o exercício de direitos é ilegítima, seja porque modifica a fim visado pela lei habilitante, seja porque esbarra na eficácia que se espera dos comportamentos administrativos, seja ainda porque o comportamento virtuoso que objetivamente se impõe aos agentes públicos no cumprimento das normas não é alcançado.

Conforme já observado nesta investigação, para fins de reparação civil a não expedição de regulamentos administrativos deve ser considerada imoral e, portanto, ilícita, em duas situações distintas: a) na verificação se a inércia normativa não é apenas uma forma maliciosa de descumprir o objetivo traçado pela norma jurídica, hipótese em que o silêncio administrativo caracterizaria uma forma de desvio de finalidade, passível inclusive de responsabilização administrativa do agente; b) na aferição pura e simples da passividade administrativa injustificada, a fim de constatar se tal prejudica direitos subjetivos consagrados no ordenamento<sup>1942</sup>. Resumindo, a inatividade normativa da Administração faz *presumir* a ilicitude do comportamento estatal. Tal presunção, de caráter relativo, somente será afastada se a própria Administração comprovar a existência de justificativa idônea para o seu *comprometedor silêncio*.

Por ser a moralidade pressuposto e desígnio da atuação administrativa, não há espaço de valoração por parte da autoridade administrativa para decidir *se* e *quando* um regulamento administrativo reclamado pela ordem jurídica será expedido, designadamente quando dele decorrem direitos aos administrados. Assim, a não expedição de regulamentos administrativos, quando injustificada, caracteriza uma espécie de *improbidade administrativa de viés objetivo*, pois ainda que não fosse imoral a intenção do agente público competente, seu silêncio normativo acaba por esvaziar ou retardar injustamente a

---

<sup>1941</sup> DELGADO, José Augusto. *O princípio...*, cit., 1992, pp. 198-309.

<sup>1942</sup> A interpretação do caso concreto à luz dos princípios da moralidade administrativa e da eficiência tem a aptidão de reconhecer em favor de terceiros cujos direitos foram prejudicados pela inércia formal da Administração um direito subjetivo à expedição do regulamento faltante, dada a obrigação de fazer que neste caso recai sobre o administrador. Conforme SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría...*, cit., 2003, p. 71.



aplicação de um comando normativo superior, viciando o comportamento e com isso prejudicando direitos juridicamente tutelados.

Além disso, quando uma norma habilita a Administração a emitir um regulamento administrativo para possibilitar a fruição de direitos a terceiros, subtrair destes o gozo de seus proveitos por meio da *indiferença* é conduta escusa e incompatível com a boa-fé objetiva. Em casos assim, os prejudicados poderão optar pela propositura de demandas que tenham por objetivo forçar a Administração a emitir o regulamento faltante, tais como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão<sup>1943</sup>, ou, na hipótese de dano sofrido em decorrência de tal comportamento, propor a competente ação reparatória.

Portanto, a ilicitude que emerge da omissão imoral do administrador público repercute em diferentes esferas jurídicas. Primeiro, é possível, em tese, punir administrativamente a autoridade administrativa que atenta contra a moralidade administrativa; segundo, levando-se em conta o cenário jurídico brasileiro é possível, também em tese, a propositura de ação de improbidade administrativa em desfavor do agente público, que, entre outras sanções, pode implicar na perda da função pública, nos termos da Lei nº 8.429/1992; por fim, caso a passividade imoral gere danos a outrem, como afirmado no parágrafo anterior, também será possível a propositura de demanda reparatória contra o Estado, dada a antijuridicidade da conduta.

Com base nos argumentos expostos, é possível afirmar que a inatividade normativa *injustificada* da Administração caracteriza comportamento nocivo ao direito e, pois, *ilícito*. Ilícito por várias razões, conforme antes demonstrado. A depender das circunstâncias do caso concreto, a ilicitude colocará em evidência *um dos fundamentos* anteriormente examinados ou, como é mais comum, terá amparo em *alguns* ou mesmo em *todos eles*. Em casos assim, mesmo que não se identifique culpa ou dolo da autoridade competente, o comportamento será, mesmo assim, *ilegítimo*, e, como tal, fonte geradora de responsabilidade civil.

---

<sup>1943</sup> Lembrando que, conforme visto no Capítulo 2 desta investigação, no Brasil a ação direta de inconstitucionalidade por omissão somente pode ser manejada por alguns legitimados previstos no art. 103 da Constituição.

#### **4.7. A responsabilidade civil extracontratual do Estado pela não edição de regulamentos administrativos: conclusões possíveis no sistema brasileiro**

Analisou-se no tópico anterior a distinção, para fins de responsabilidade civil extracontratual do Estado, entre comportamento *culposo* e comportamento *ilícito*, tomando-se por base a inércia formal da Administração, especificamente no que tange ao encargo legal de expedir os regulamentos administrativos necessários à fruição de direitos por particulares. Consequentemente, chegou-se à conclusão que a não emissão injustificada de tais regulamentos, quando presente o dever de agir, ofende a ordem jurídica e, pois, vicia de ilicitude a passividade administrativa.

A inércia formal injustificada da Administração, como visto, será antijurídica por ferir o princípio da legalidade, que neste caso impõe uma conduta positiva para a concretização de direitos, bem como pelo fato de o poder administrativo ser conferido pelo ordenamento jurídico como um instrumento necessário ao alcance do fim legal, sendo seu uso, por isso, de caráter vinculado e irrenunciável; para além disso, a passividade normativa da Administração também será ilícita ante a manifesta violação de outros princípios informadores da função administrativa, em especial os da proporcionalidade, da eficiência e da moralidade.

Fundadas as bases jurídicas da inatividade ilícita da Administração, devem ser encontradas alternativas para desestimular comportamentos dessa natureza e, quando deles resultarem danos injustos a particulares, criar as condições necessárias à sua reparação. Na seara administrativa é possível, em tese, a punição de eventual autoridade desidiosa, caso haja comprovação de culpa pessoal do agente. Para além disso, o *silêncio negativo*<sup>1944</sup> da Administração, com ou sem identificação de culpa pessoal ou do *serviço*, poderá ensejar demanda de natureza reparatória a ser proposta em desfavor do Estado, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição brasileira de 1988. A inatividade ilícita da Administração, portanto, caso resulte danos ao particular, é fonte idônea de responsabilidade civil.

Antes de adentrarmos a seara reparatória, não custa lembrar que no Brasil as únicas formas de se combater a omissão normativa são o mandado de injunção e a ação

---

<sup>1944</sup> Lembrando que o *silêncio positivo* da Administração é admitido pelo direito, eis que nele não há a supressão de direitos, mas o contrário, isto é, o reconhecimento de um direito como decorrência da inércia administrativa.

direta de inconstitucionalidade por omissão. Esta, se julgada procedente, a teor do § 2º do art. 103 da Constituição será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. Mas nem a ação direta de inconstitucionalidade por omissão nem o mandado de injunção possuem o objetivo de reparar eventuais danos; diferentemente, visam apenas suprir a inatividade normativa do Estado. As omissões normativas, conquanto possuam aptidão para causar graves danos a particulares, não vêm recebendo da doutrina e da jurisprudência um tratamento jurídico adequado, o que acaba por inviabilizar várias reparações a partir da discussão *vazia* sobre a presença do elemento culpa.

No atual cenário jurídico mundial, em que vozes importantes acenam para uma *responsabilização social do Estado*, “associada à garantia colectiva de segurança e qualidade de vida dos cidadãos num contexto de solidariedade perante danos originados por factos naturais ou ocorridos na vida em sociedade”,<sup>1945</sup><sup>1946</sup> a não reparação de danos provocados pela *inatividade administrativa ilícita* parece remeter a um verdadeiro contrassenso.

O sistema brasileiro de responsabilidade civil extracontratual do Estado se funda, como referido no capítulo anterior, exclusivamente no disposto no § 6º do art. 37 da Constituição de 1988, que dispõe que “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”. Não há um regime jurídico próprio a cuidar deste tema tão espinhoso e dinâmico, isto é, não há um roteiro jurídico minimamente seguro para que os danos causados pelo Estado ou por entidades privadas que exercem poder administrativo sejam reparados, notadamente nos casos de *omissão*, em que a doutrina e a jurisprudência ora pendem para a *objetivização* da responsabilidade, dispensando a comprovação do elemento subjetivo, ora para a sua *subjetivização*, gerando insegurança jurídica aos administrados e ao próprio Estado.

---

<sup>1945</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A responsabilidade...*, cit., pp. 81-82.

<sup>1946</sup> Segundo Vieira de Andrade, o “fundamento da responsabilidade indemnizatória é, em regra o princípio da solidariedade, específico do Estado Social, que implica o auxílio económico e o socorro social, designadamente aos carenciados – mas muitas vezes está subjacente também a esta obrigação a consciência de que a intervenção pública, em termos difusos, remotos ou indirectos (autorizando construções, licenciando atividades, omitindo a vigilância ou a precaução), de algum modo contribuiu, agravou ou podia ter evitado os prejuízos”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A responsabilidade...*, cit., p. 83.

No entanto, como tem sido sustentado ao longo desta investigação, a não emissão de regulamentos administrativos determinados por uma lei habilitante, para ser considerada fonte idônea de responsabilidade civil, não depende de comprovação de dolo ou culpa da autoridade que detém tal atribuição nem de *culpa do serviço*, mas apenas da contrariedade de tal inércia ao direito. Assim, deve-se ser desprezada a análise do elemento subjetivo da conduta e considerada apenas a adequação ou inadequação da passividade estatal frente ao ordenamento jurídico vigente. Noutros termos, a *legitimidade* da omissão estatal deve ser aferida à luz das regras positivadas, mas também – e principalmente – dos princípios que orientam a atividade administrativa, em especial aqueles extraídos do *corpo constitucional*.

Embora desnecessária a comprovação de culpa pessoal para o prejudicado buscar reparação de danos em desfavor do Estado, não se pode perder de vista que, como demonstrado no capítulo anterior, caso o poder público, após o pagamento de eventual reparação ao administrado em decorrência de inércia *culposa* ou *dolosa* de seu agente deverá, neste caso, exercer o *direito* de regresso previsto no art. 37, § 6º da Constituição, que na verdade não se traduz numa mera faculdade estatal, mas em verdadeiro *dever*<sup>1947</sup><sup>1948</sup>, conforme impõem os princípios da legalidade, da moralidade e da indisponibilidade do interesse público.

Em síntese, diante de uma omissão normativa ilícita geradora de dano, o prejudicado poderá ajuizar demanda reparatória contra o Estado, incumbindo-lhe fazer prova apenas da *inatividade ilícita*, do *dano* experimentado e do *nexo causal*, sem se preocupar, portanto, com a comprovação de culpa *pessoal* ou *do serviço*. Num segundo momento, isto é, após o pagamento de eventual indenização ao prejudicado caberá ao Estado exercer seu *dever* de regresso contra a autoridade pública *negligente*, mas neste caso apenas se o poder público comprovar que a inatividade ilícita dimanou de culpa (ou dolo) de seu agente.

Comprovada a ilicitude da inércia estatal, o primeiro dos três elementos da responsabilidade civil extracontratual do Estado estará satisfeito. Ajuntando-se à inatividade ilícita a comprovação do dano sofrido e também a necessária relação de

---

<sup>1947</sup> Nesse sentido: SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2008, p. 20; ANDRADE, J. C. Vieira de. *A responsabilidade...*, cit., 2008, p. 364, entre outros.

<sup>1948</sup> Para Irene Nohara, o regresso por dolo ou culpa “não se trata de mera faculdade do Poder Público, mas verdadeiro dever, uma vez que se relaciona com a defesa da *res pública*, ou seja, do erário, e a Administração não pode dispor dos interesses públicos”. NOHARA, Irene Patrícia. *Direito...*, cit., 2012, p. 780.

causalidade a encadeá-los estarão preenchidos os pressupostos da responsabilidade estatal por inatividade normativa. O próximo tópico será dedicado ao detalhamento desses pressupostos.

#### **4.7.1 Elementos da responsabilidade estatal pela não edição de regulamentos administrativos**

A ação de responsabilidade civil, seja proposta contra particulares seja em desfavor do Estado, pressupõe a existência e comprovação de elementos estruturais sem os quais não há que se falar em reparação de danos. Esses pressupostos, a depender de a conduta estatal ser positiva ou negativa, apresentarão algumas diferenciações. Nas condutas positivas, a teor do art. 37, § 6º da Constituição de 1988, apresentam-se como elementos a ação, o dano e o nexo de causalidade. Advirta-se que mesmo a *ação lícita* pode ser fundamento para a reparação civil do Estado nos casos de responsabilidade baseada na teoria do *risco administrativo*, adotada como regra no direito brasileiro para as condutas *comissivas* que gerem danos a terceiros. Nos comportamentos omissivos que consistem na não expedição de regulamentos administrativos, a proposta apresentada nesta investigação traduz-se na substituição do pressuposto da *omissão culposa* por outro elemento, de espectro mais abrangente, que é a *ilicitude*. Assim, ao não expedir um regulamento administrativo a que estava obrigada em decorrência de imposição normativa superior, a Administração Pública deverá reparar eventual dano provocado por sua inatividade se presentes e comprovados os seguintes elementos estruturais: *a omissão ilícita, o dano e a relação de causalidade*.

Sabe-se a esta altura que nem toda omissão é ilícita. O *não fazer* administrativo que não viola uma regra ou um princípio positivado não se incompatibiliza com o direito e por isso não acarretará nenhuma consequência jurídica. Por outro lado, a inércia administrativa em desacordo com a ordem jurídica será ilícita e, como tal, fonte idônea de responsabilidade civil. É possível afirmar, portanto, que a teoria da responsabilidade patrimonial do Estado, nos casos de omissão<sup>1949</sup>, surge como consequência da atividade

---

<sup>1949</sup> No caso de responsabilidade objetiva pelos danos provocados pela ação estatal por certo não há necessidade de a conduta ser ilícita ou irregular, mas apenas que haja a presença de uma ação estatal, o dano e o nexo causal a uni-los. Neste caso, leciona Larenz, trata-se de “levar a cabo uma justa distribuição dos danos: quem causa um dano a outrem por meio de um ato antijurídico, ainda que de modo apenas

administrativa *ilícita* dentro do campo dos danos causados pela Administração associados à ausência de uma obrigação legal, por parte da vítima, de suportar o dano.<sup>1950</sup>

A inatividade administrativa, conforme salientado, tanto pode representar uma situação de pura inércia, sem consequência para terceiros e, pois, sem representatividade para o direito, como a falta de uma ação exigida pela ordem jurídica, caso em que, presentes os demais pressupostos, propiciará a busca por reparação civil pelos eventuais prejudicados. Além disso, pode resultar da ausência de uma atividade formal ou jurídica, ou, diversamente, de uma atividade material. A ausência de atividade jurídica, designadamente a não expedição de regulamentos administrativos, corresponde a uma situação de inércia da Administração Pública que se poderá traduzir tanto na falta de emissão do regulamento faltante, como na insuficiência, deficiência ou inadequação do ato normativo já praticado.<sup>1951</sup><sup>1952</sup> A não expedição de um regulamento administrativo (inatividade jurídico-formal) que regulamenta uma norma criadora de direitos a particulares conduz inexoravelmente a uma inatividade material (impossibilidade de concretização do direito previsto na norma habilitante).

Pois bem, ao longo dos últimos tópicos buscou-se caracterizar a inatividade formal ilícita da Administração, para fins de reparação de danos. Vimos que o silêncio positivo do poder público não carrega consigo a marca da ilicitude, haja vista que este não subtrai direitos, antes, pelo contrário, reconhece direitos aos administrados pela inação administrativa. Por silêncio positivo entenda-se o favorecimento a particular previsto numa norma como mera consequência na inação estatal. O silêncio positivo, como se pode notar, somente é admitido quando houver previsão legal expressa nesse sentido, e a partir do delineamento da atuação administrativa e conseqüentemente dos efeitos positivos para o

---

‘objetivamente’ negligente, está mais sujeito a ter que suportar o dano do que aquele que diretamente o sofreu, sem ter contribuído para o evento”. LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1985, p. 119.

<sup>1950</sup> FARRIDO FALA, F. *La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado*. Revista de Administración Pública, Nº 119, 1989, pp. 10-11.

<sup>1951</sup> Conforme a lição, com adaptações, de CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime...*, cit., 2008, p. 146.

<sup>1952</sup> Margarida Cortez chama a atenção para a delimitação do vocábulo omissão, pois é comum que haja efetivamente uma ação mas que não supre a omissão do poder público, ou seja, uma ação normativa que se revela “insuficiente ou incompleta”. CORTEZ, Margarida. *A responsabilidade civil da Administração por omissões*. In Cadernos de Justiça Administrativa, nº 40 (julho/agosto), 2003, p. 34.

administrado em caso de não exercício da função administrativa<sup>1953</sup>. Noutros termos, o silêncio administrativo somente produzirá efeitos benéficos para os administrados se a própria lei assim o declarar como uma consequência da inércia estatal durante o prazo nela previsto ou, se inexistente, quando a mora administrativa violar o princípio da razoável duração do processo.<sup>1954</sup> Por outro lado, a doutrina também se refere ao *silêncio administrativo negativo*, que se configura quando há uma inércia estatal da qual decorre uma situação desfavorável ao administrado.<sup>1955</sup>

Com efeito, caso haja uma previsão expressa na norma de que a não atuação da Administração no prazo legal gerará alguma consequência prejudicial ao particular, tal previsão, saliente-se, é claramente abusiva e não subsistirá a uma análise por parte do Poder Judiciário à luz dos princípios que informam a atividade administrativa. Para além disso, o *silêncio negativo qualificado*, isto é, aquele em que há um encargo legal determinando à Administração a adoção de alguma providência, como, por exemplo, a feitura de um regulamento administrativo para a concretização de direitos de particulares e a Administração, mesmo assim, *teima* em permanecer inerte, é igualmente ilícito.

Nos tópicos anteriores cuidou-se precisamente de delinear a ilicitude da inatividade qualificada da Administração, para fins de reparação de dano. Em apertada síntese, foi visto que a não emissão de regulamentos impostos pelo ordenamento é antijurídica, primeiramente, por clara afronta ao princípio da legalidade, que neste caso sinaliza para uma conduta positiva que vise à concretização dos direitos previstos abstratamente pela norma habilitante, bem como pelo fato de o poder administrativo ser conferido pelo ordenamento jurídico como um instrumento necessário ao alcance do fim legal, circunstância que torna seu exercício obrigatório e irrenunciável. Além de claro e inaceitável descumprimento da *vontade da lei*, a passividade normativa da Administração também é manifestamente contrária ao *direito*, pois em desacordo com outros princípios informadores da função administrativa, em especial os da proporcionalidade, da eficiência

---

<sup>1953</sup> O Superior Tribunal de Justiça já assentou que a mera inércia da Administração Pública sem uma norma que reconheça direitos como consequência desta inatividade não legitima, de modo isolado, o silêncio positivo. STJ, MS 4.416/DF, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Seção. Julgamento: 10/04/1996, DJ 27/05/1996, p. 17798.

<sup>1954</sup> Conforme a doutrina de GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso...*, cit., t. I, 2011, p. 624 e ss.

<sup>1955</sup> Nesse sentido, entre outros: GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso...*, cit., t. I, 2011, pp. 622-623; MEDAUAR, Odete. *Direito...*, cit., 2007, p. 149.

e da moralidade. Numa palavra: os princípios, como normas que são, não podem admitir uma conduta administrativa que com eles se contraponha.

A aferição da ilicitude da inatividade jurídica da Administração, quando redundar em danos a terceiros, não depende necessariamente de uma análise psicológica da conduta do agente público competente para a edição do regulamento. Ainda que não esteja presente o elemento culpa (pessoal ou do *serviço*), a ilicitude da inércia estatal pode ser constatada pelo Poder Judiciário a partir da presença de elementos que possam revelá-la contrária ao direito. Há omissão *culposa* do agente público quando comprovado que este podia e devia ter editado o regulamento exigido pela ordem jurídica, mas mesmo assim fez-se negligente. Por outro lado, haverá *inatividade ilícita* independentemente de aferição do elemento subjetivo da conduta nas hipóteses em que a inércia normativa da Administração suprime direitos franqueados por legislação hierarquicamente superior ou simplesmente quando viola princípios constitucionais, acarretando danos a terceiros. A omissão culposa, como se pode notar, é apenas uma face da omissão ilícita.

Portanto, a análise da ilicitude deve relegar a um segundo plano a aferição de culpa<sup>1956</sup>, primeiro, porque a comprovação de culpa em hipóteses como tais cria grandes dificuldades para o terceiro prejudicado, praticamente esvaziando a reparação de danos por omissão; segundo, pelo caráter didático que representará para uma Administração secularmente conhecida por sua inépcia, falta de zelo e *pouco caso* para com o administrado; terceiro, porque na inatividade formal da Administração a ilicitude é aferida *objetivamente* e não a partir da análise psicológica da conduta. Por isso, deve-se levar em conta apenas se a passividade estatal, no caso concreto, revela incongruência com o ordenamento jurídico. Se a resposta é positiva, estará preenchido o primeiro pressuposto da responsabilidade civil do Estado pela não edição de regulamentos: a *inatividade ilícita*.

A análise objetiva da ilicitude da omissão normativa da Administração foi analisada nos tópicos antecedentes, quando se concluiu que a não emissão injustificada de regulamentos administrativos viola os princípios da legalidade, da proporcionalidade, da eficiência e da moralidade.

---

<sup>1956</sup> Conforme já mencionado anteriormente, havendo comprovação de culpa ou dolo do agente público competente, o Estado, após o eventual pagamento de indenização reclamada por terceiro prejudicado, deverá exercer o seu direito de regresso, que consubstancia verdadeiro *dever* de regresso, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição de 1988.



Portanto, configurada a conduta administrativa como *ilícita*, caberá ao prejudicado a comprovação do elemento mais importante da responsabilidade civil, o *dano*, que nada mais é do que a “supressão ou diminuição de uma situação favorável que estava protegida pelo ordenamento”<sup>1957</sup> ou, segundo Menezes Leitão, a “frustração de uma utilidade que era objeto de tutela jurídica”.<sup>1958</sup> O dano é na atualidade reconhecido como o cerne da responsabilidade civil e, bem por isso, é bastante comum a afirmação segundo a qual não se admite responsabilidade civil sem dano.<sup>1959</sup>

O dano indenizável decorrente da inatividade ilícita da Administração pode ser de natureza material (ou patrimonial) e moral (ou extrapatrimonial), podendo ainda ser direto ou indireto (reflexo ou em ricochete).<sup>1960</sup><sup>1961</sup> Além disso, deve o dano ser indenizado em toda a sua extensão, isto é, “há de abranger aquilo que efetivamente se perdeu e aquilo que se deixou de lucrar”<sup>1962</sup>, isto é, o *dano emergente* e o *lucro cessante*.<sup>1963</sup>

Sabe-se que nem todos os danos – ou prejuízos<sup>1964</sup> – sofridos são indenizáveis, mas apenas aqueles auferidos segundo a teoria do nexo de causalidade adequada<sup>1965</sup>.

---

<sup>1957</sup> CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado...*, cit., 2007, p. 419.

<sup>1958</sup> LEITÃO, Luís Menezes. *Direito das Obrigações...*, v. I, cit., p. 335.

<sup>1959</sup> Conforme registrado no capítulo anterior, a afirmação segundo a qual não há responsabilidade civil sem dano talvez mereça uma releitura nos dias atuais, pois há quem sustente a possibilidade de responsabilizar-se civilmente alguém ainda que o dano efetivo não ocorra. A reparação, em casos tais, seria de natureza preventiva, ou seja, apenas pelos riscos de danos graves criados por uma conduta antijurídica. Nesse sentido, entre outros: LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio...*, cit., 2010, pp. 133-134; LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade...*, cit., 2012, p. 146 e ss.

<sup>1960</sup> Carlos Roberto Gonçalves as espécies de dano da seguinte forma: “*Material* é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido. *Moral* é o que só ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio. A expressão ‘dano moral’ deve ser reservada exclusivamente para designar a lesão que não produz qualquer efeito patrimonial. Se há consequências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial. *Direto* é o dano que atinge diretamente o lesado ou os seus bens. O *indireto*, também denominado ‘dano reflexo’ ou ‘dano em ricochete’, configura-se quando uma pessoa sofre o reflexo de um dano causado a outrem”. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade...*, cit., 2014, pp. 486-487.

<sup>1961</sup> Gonçalves também chama a atenção para novos danos que têm sido reconhecidos pela doutrina e jurisprudência, tais como danos pela perda de uma chance, danos morais coletivos e danos sociais. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade...*, cit., 2014, pp. 487-488.

<sup>1962</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade...*, cit., 2014, p. 484.

<sup>1963</sup> Para Pessoa Jorge, o dano emergente “constitui uma diminuição efectiva do património”, enquanto o lucro cessante “pressupõe que o lesado tinha, no momento da lesão, um direito ao ganho que se frustrou, ou melhor, a titularidade de uma situação jurídica que, mantendo-se, lhe daria direito a esse ganho”. JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., 1999, pp. 377-378.

<sup>1964</sup> Há doutrinadores civilistas para quem *dano* e *prejuízo* não seriam palavras sinônimas. Para estes, enquanto o dano se situa no plano material, a ideia de prejuízo está conexas ao plano jurídico. Nesta pesquisa, contudo, tomaremos um pelo outro, já que tal distinção não apresenta relevância para a investigação aqui proposta. Conforme THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil: dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da Decadência. Da prova*. v. III, t. II (arts. 185-232), 4.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 35.

Segundo a doutrina de Pessoa Jorge, para ser considerado um dano indenizável devem estar reunidas algumas características, quais sejam, a *alteridade*, a *certeza* e o *mínimo de gravidade*. Por alteridade (ou alienidade) entenda-se que o prejuízo deve ter sido suportado por outra pessoa que não o agente causador; a certeza do dano também é exigida, pois não há como indenizar o prejuízo hipotético ou eventual, de constatação duvidosa; por fim, o prejuízo experimentado deve apresentar um mínimo de gravidade, pois a exigência de reparação de um prejuízo insignificante só poderia ser explicada com o “propósito de vexar o lesante e, como tal, não mereceria a tutela do direito.”<sup>1966</sup> Assim, para se processar o Estado pela falta de expedição de um regulamento administrativo, o particular deverá fazer prova da “certeza do dano”, pois não se admite reparação do dano “meramente hipotético ou eventual, que poderá não se concretizar”<sup>1967</sup>. Além disso, para que haja indenização o dano provocado pela não expedição de regulamento administrativo deve ser *anormal*, ou seja, deve superar danos de pequena monta, insignificantes, inerentes às condições próprias de convívio social.<sup>1968</sup>

Reconhecida como *ilícita* a inércia formal da Administração e, de outro lado, também a presença do *dano*, resta comprovar o liame entre a passividade estatal e o prejuízo experimentado por particular. Eis, portanto, o terceiro e último elemento para a reparação estatal dos danos provocados por sua inépcia normativa: o *nexo de causalidade*. A este respeito. Existe nexo causal, segundo a teoria da causalidade adequada<sup>1969</sup>, quando a edição de regulamento administrativo imposta por lei ou pela constituição, se levada a efeito e em condições normais, teria, por si, idoneidade para a evitação do dano. Em outras palavras, tal teoria somente considera como causadora do dano “a condição por si só apta a produzi-lo”.<sup>1970</sup>

---

<sup>1965</sup> Conforme VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações...*, cit., 2012, pp. 891 e ss.

<sup>1966</sup> JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., 1999, pp. 384-388.

<sup>1967</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade...*, cit., 2014, p. 485.

<sup>1968</sup> Conforme AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito...*, vol. III, cit., 1989, p. 521.

<sup>1969</sup> O Professor Vieira de Andrade assim se manifesta sobre a teoria causalidade adequada: “Em princípio, vale a teoria clássica dos sistemas latino-germânicos da ‘causalidade adequada’, nas suas dimensões negativa e positiva, sendo necessário, não só que o facto tenha sido, no caso concreto, condição indispensável do dano – que para a produção do dano não tenham contribuído decisivamente circunstâncias anormais, excepcionais, extraordinárias ou anómalas –, mas ainda que o facto seja apto, em si, para produzir o dano – que o dano seja um efeito provável ou uma consequência normal e típica da acção ou omissão legislativa”. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A responsabilidade...*, cit., 2013, p. 297.

<sup>1970</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade...*, cit., 2014, p. 479.

Assim, ocorrendo um dano em virtude de inatividade formal da Administração, compete ao prejudicado, em eventual demanda reparatória, comprovar que se o regulamento imposto pela lei habilitante tivesse sido produzido não haveria, conseqüentemente, o dano agora reclamado. Em outras palavras, incumbe ao particular comprovar que o prejuízo experimentado somente ocorreu em decorrência da inércia ilícita da Administração, que o teria evitado caso tivesse cumprido o encargo legal de expedir o regulamento imposto pela ordem jurídica.

A teoria da causalidade adequada tem um viés positivo e outro negativo. Pelo primeiro, um evento será causa do dano sempre que considerado um *efeito provável* ou uma *conseqüência natural* na sucessão de fatos que acarretaram o prejuízo. Já o segundo indica para um raciocínio inverso<sup>1971</sup>. Assim, por exemplo, a inatividade formal da Administração não será considerada *causa* na hipótese de se constatar a sua desconexão causal com o dano alegado.

Segundo Gómez Puente, a relação de causalidade entre o dano e a omissão administrativa deve ser direta, imediata e *exclusiva*.<sup>1972</sup> No sistema jurídico brasileiro, contudo, embora a responsabilidade pela inatividade também seja direta e imediata, pensamos que não há exclusividade. Isso porque o art. 37, §º 6º, da Constituição, que define os sujeitos que responderão objetivamente pelos danos causados a terceiros, inclui não apenas as pessoas de direito público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), mas também as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos (concessionárias e permissionárias). Estas possuem responsabilidade direta e primária, mas não exclusiva, pois o Estado responde *subsidiariamente* diante da impossibilidade de a responsável primária reparar o dano.<sup>1973</sup>

Na análise da relação causal, o tribunal deverá valorar se havia um direito a ser usufruído por particular e que lhe foi subtraído pela não emanção do regulamento administrativo no prazo legal ou, quando não previsto, em lapso compatível com o princípio da razoável duração do processo. Em outras palavras, deve-se verificar se a falta do regulamento administrativo é *causa adequada* dos danos sofridos pelo demandante. Se

---

<sup>1971</sup> Conforme NORONHA, Fernando. *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*, In Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC, Vol. 15, pp. 136-138.

<sup>1972</sup> PUENTE, Marcos Gómez. *La inactividad...*, cit., p. 815.

<sup>1973</sup> Nesse sentido: STJ, REsp 1087862/AM, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgamento: 02.02.2010.

a conclusão do magistrado for neste sentido, isto é, de indicar que a expedição do regulamento administrativo teria impedido que particulares (em geral)<sup>1974</sup> experimentassem danos em sua esfera jurídica, então a resposta é positiva, ou seja, a inatividade administrativa qualificada é causa idônea para os danos sofridos e, portanto, caberá ao Estado indenizar o prejudicado, a não ser, óbvio, que haja uma hipótese de exclusão da responsabilidade estatal ou causa de justificação a excluir a ilicitude do comportamento administrativo. Portanto, a violação do dever de expedir um regulamento administrativo não pode ser entendida como causa adequada do dano se este também se produzisse ainda que o ato normativo tivesse sido editado pela Administração.

A *inatividade ilícita* da Administração aliada à presença do *dano indenizável* e também do *nexo causal* a conectá-los, como visto, torna factível o pedido de reparação de danos em desfavor do Estado pela ausência ou retardo injustificado do regulamento administrativo imposto pelo ordenamento. Desta junção de elementos emerge o dever de indenizar imputado ao Estado, que, todavia, poderá ser excluído diante da comprovação, por parte do poder público, de alguma causa de justificação ou ainda de exclusão de responsabilidade, como se verá a seguir.

#### **4.7.2. Hipóteses de exclusão de responsabilidade e causas de justificação nos casos de inatividade formal da Administração Pública**

O terceiro capítulo desta investigação foi dedicado ao estudo da responsabilidade civil extracontratual do Estado no direito brasileiro, quando foi informado que a Constituição brasileira de 1988 adotou como regra geral a responsabilidade *objetiva*, com fundamento na *teoria do risco administrativo*. Além disso, foi mencionado que tal teoria permite ao Estado, em certas circunstâncias, ver excluída ou atenuada sua responsabilidade pela ocorrência do fato lesivo. E é assim porque a teoria do risco administrativo impõe ao Estado o dever de indenizar somente nas hipóteses em que o dano tiver sido produzido pelo *exercício* de uma atividade administrativa, com base na comprovação do nexo causal

---

<sup>1974</sup> Para Filipa Calvão, “não é suficiente uma coincidência ou sucessão cronológica dos danos em relação ao facto lesivo. Necessário é que o facto lesivo se apresente como causa adequada do dano, no sentido de ser, segundo a sua natureza geral e o curso normal das coisas, apto a produzir o dano, a causa provável do dano”. CALVÃO Filipa. *Artigo 1º - Âmbito de aplicação*. In Comentário ao Regime de responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 90.

direto. Conseqüentemente, no contexto da responsabilidade objetiva baseada no risco administrativo, há algumas situações que excluem ou, ao menos, minimizam a responsabilidade extracontratual do Estado. São elas: a força maior e o caso fortuito, a culpa da vítima e o ato de terceiro, já retratados nesta investigação.

Se é assim com os danos provocados pela conduta *comissiva*, não o é em relação à inatividade normativa qualificada da Administração, que possui contornos próprios e merece algumas observações e/ou adaptações, sobretudo pelo fato de que neste caso a reparação do Estado possui um pressuposto inarredável: a *ilicitude da omissão*.

Com efeito, ao logo deste último capítulo construiu-se uma argumentação no sentido de admitir a reparação de danos por parte do Estado diante da inobservância do encargo legal de emitir regulamentos administrativos. Observou-se, além disso, que não é o simples *não fazer* da Administração que fará emergir o dever de reparar eventuais danos, mas somente o *não fazer ilícito*, isto é, aquele que não se amolda ao amplo espectro do *princípio da juridicidade*.

Portanto, o pressuposto para a reparação de danos em decorrência da inércia formal da Administração é designadamente a *ilicitude do comportamento*. Assim, havendo causa idônea a descaracterizar a antijuridicidade da inatividade normativa, não há que se falar em reparação de danos pela não expedição de regulamento administrativo. Como uma decorrência natural da obrigatoriedade de reparação apenas nos casos de omissão contrária ao direito, o Estado poderá excluir a *ilicitude* de sua conduta e conseqüentemente isentar-se de reparação comprovando que sua inatividade possui justificativa no próprio direito. E é assim porque a omissão *lícita*, ao contrário da *ação*, não tem o condão de ensejar a reparação contra o Estado.

Desse modo, antes mesmo de analisar as hipóteses que excluem a *responsabilidade* estatal pela não edição de regulamentos administrativos é preciso fazer referência às causas que excluem a *própria ilicitude* do comportamento. Ora, se a reparação de danos pela inércia formal da Administração pressupõe a ilicitude de tal omissão, por certo que se há um justo motivo a elidir a alegada ilicitude, conseqüentemente não haverá que se falar em reparação.

Segundo prescreve o art. 188 do Código Civil brasileiro<sup>1975</sup>, são *causas de justificação* ou *excludentes de ilicitude*<sup>1976</sup> da conduta a *legítima defesa*<sup>1977</sup>, o *estado de necessidade*<sup>1978</sup> e o *exercício regular de direito*.<sup>1979</sup> Ocorrendo, pois, uma das causas de justificação previstas no art. 188 do Código Civil o comportamento omissivo da Administração Pública não será marcado pela antijuridicidade, pois em casos como tais a ilicitude é excluída pelo próprio direito, circunstância que inviabilizará eventual reparação de dano contra o Estado.

Por outro lado, inexistindo *causa de justificação* a omissão normativa injustificada da Administração será ilícita. No entanto, há ainda outras hipóteses que conquanto não tornem lícita a conduta, trazem em si o mesmo efeito material, isto é, isentam o Estado do dever de indenizar. Tais causas são nomeadas pela doutrina *excludentes de responsabilidade*. São elas a força maior e o caso fortuito, o fato de terceiro e o fato da vítima. Todas elas, em maior ou menor escala, provocam o rompimento do nexo causal entre a omissão estatal e o dano experimentado pela vítima.

O dever legal da Administração Pública que consiste em emitir os regulamentos necessários à concretização de direitos surge a partir da reunião de duas condições: a *exigência de ação* que decorre de encargo imposto pelo ordenamento jurídico e a

---

<sup>1975</sup> O artigo 188, do Código Civil brasileiro, prevê que:

“Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.”

<sup>1976</sup> Pessoa Jorge esclarece que “denominam-se causas de justificação ou causas de exclusão de ilicitude as circunstâncias que tornam lícita (ou justa) a omissão do comportamento que, não existindo elas, seria devido”. JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., 1999, p. 154.

<sup>1977</sup> Segundo a doutrina de Paulo Nader, “O agente atua em estado de necessidade apenas diante de perigo iminente, isto é, daquele que está prestes a transformar a potência em ato, caso alguma providência não seja tomada imediatamente”. NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*, v. 7. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 147. Só há legítima defesa, adverte Pessoa Jorge, “se o bem lesado for inferior, igual ou superior (mas não manifestamente superior) ao bem prosseguido”. JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., 1999, p. 216.

<sup>1978</sup> Para Paulo Nader, “O dano autorizado ao direito alheio, estando em perigo iminente o do próprio agente ou de terceiro, há de ser de menor vulto do que o direito poupado. Não é lógico que a ordem jurídica permita o sacrifício de um bem, a fim de preservar um outro de menor expressão”. NADER, Paulo. *Curso...*, cit., 2010, p. 148. No mesmo sentido a lição de Pessoa Jorge, para quem “só é lícito o Estado de necessidade se o bem lesado for manifestamente inferior ao bem prosseguido”. JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., 1999, p. 216.

<sup>1979</sup> Ora, se um agente público atua no estrito cumprimento de um dever legal, seria uma grave contradição entender sua atuação como ilícita. Para Beviláqua, “O exercício regular do direito é a realização de seu destino próprio”. BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Ed. Rev. e atualizada por Caio Mario da Silva Pereira. 2ª ed. Rio de Janeiro: F. Alves. 1980, pp. 270-271.

*possibilidade jurídico-material* de sua operacionalização por parte da Administração Pública. De fato, para que possa falar-se como rigor de omissão do comportamento devido “é indispensável *que este tivesse sido possível*, porque, como diziam os antigos, *ad impossibilia nemo tenetur*”<sup>1980</sup>. Ocorre que há situações em que o dano experimentado pela vítima é provocado por fatos estranhos à Administração, casos em que não se pode imputar ao Estado o dever de indenizar, como ocorre com os eventos de força maior ou caso fortuito, que excluem a responsabilidade civil do Estado.<sup>1981</sup>

Força maior é o evento de ocorrência externa, assim entendido por ser alheio à vontade do ser humano, capaz de inviabilizar ou ao menos retardar a edição de regulamentos administrativos por parte do Estado. Ainda que previsíveis em alguns casos, os eventos de força maior consubstanciam situações irresistíveis, insuperáveis, normalmente relacionadas às forças da natureza, tais como terremotos, maremotos, ciclones, tsunamis, raios, erupções vulcânicas etc.

Diversamente da força maior, o caso fortuito, que segundo a doutrina clássica de Cunha Gonçalves, se materializa por meio de um “fato imprevisto e irresistível”; na força maior, diferentemente, o acontecimento até pode ser previsto, mas não pode “ser dominado, pelo menos dentro das forças do devedor”<sup>1982</sup>. O caso fortuito se apresenta como um evento interno, isto é, relacionado direta ou indiretamente com a conduta humana, mas que, tal como a força maior, revela-se irresistível<sup>1983</sup><sup>1984</sup>. A impossibilidade de se expedir um regulamento pode resultar, por exemplo, de uma greve geral de servidores públicos que se prolonga no tempo.

Deve-se destacar que há regulamentos simples e que, por isso, podem ser elaborados com maior rapidez e outros que, diversamente, demandam estudos técnicos que em tese justificariam uma demora maior. A razoabilidade do prazo para a expedição de um regulamento, pois, deve ser avaliada pelo Judiciário examinando a complexidade e os contornos técnicos do regulamento em si, o que seguramente não é uma tarefa fácil. Assim,

---

<sup>1980</sup> JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., 1999, p. 103.

<sup>1981</sup> Explica Paulo Nader que “Enquanto nas excludentes de ilicitude os agentes são autores dos danos, embora sem incidir em responsabilidade, nas causas de rompimento denexo causal não se atribui a determinada pessoa a autoria da lesão.” NADER, Paulo. *Curso...*, cit., 2010, p. 152.

<sup>1982</sup> GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado...*, cit., 1932, p. 527.

<sup>1983</sup> SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso...*, cit., 2016, pp. 415-416.

<sup>1984</sup> GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume IV, Coimbra: Editora Coimbra, 1932, p. 527.

caso o Estado alegue a ocorrência de caso fortuito ou força maior, ou mesmo outras excludentes de responsabilidade, o Poder Judiciário, ao valorar sobre a *ilicitude* do comportamento omissivo, deverá apurar pontualmente sobre a complexidade de elaboração do regulamento, bem como sobre o real alcance da *excludente de responsabilidade* no liame causal do comportamento administrativo.

Saliente-se que o novo Código Civil brasileiro de 2002 conferiu idêntico tratamento à força maior e ao caso fortuito, pois os dois fenômenos desencadeiam efeitos inevitáveis, diferenciando-se apenas na seara conceitual. Embora em regra a *força maior* e o *caso fortuito* sejam genericamente enquadrados pelo Poder Judiciário como fatos indissociáveis, a primeira com o segundo não se confundem, pois enquanto a *imprevisibilidade* é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, a *inevitabilidade* o é da força maior”.<sup>1985</sup><sup>1986</sup>

O comportamento da vítima também costuma excluir ou, ao menos, atenuar a responsabilidade estatal, pois seria situação juridicamente inaceitável uma pessoa dar causa a um dano injusto e, ainda assim, ver-se indenizada pelos prejuízos eventualmente experimentados<sup>1987</sup>. Neste contexto, caso um prejuízo tenha ocorrido por culpa exclusiva da vítima, será excluída por completo a responsabilidade do Estado, ou, quando for o caso de concorrência de culpas, atenuada a responsabilidade estatal.<sup>1988</sup>

Se o fato da vítima é comum – e até corriqueiro – nas hipóteses em que se analisa o dano provocado pela *ação* estatal, nos casos de comportamento omissivo, em especial a inércia formal da Administração, não se afigura viável, pelo menos aparentemente, que possa haver concorrência de culpas para a não emissão de um ato normativo. E é assim porque o regulamento administrativo, como norma geral e abstrata que é, não se relaciona nem se dirige a uma pessoa determinada ou a uma situação concreta específica.

---

<sup>1985</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa...*, cit., 2012, p. 71.

<sup>1986</sup> Segundo o disposto no art. 393 do Código Civil de 2002, força maior e caso fortuito compreendem “fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

<sup>1987</sup> Por todos, SOUZA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Responsabilidade...*, cit., 2007, p. 34.

<sup>1988</sup> “A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva com base no risco administrativo, é *abrandada* ou *excluída* pela culpa da vítima”. (STF, RE 234.010, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 23/08/2002)



Por fim, tem-se ainda como causa excludente da responsabilidade do Estado o chamado *fato de terceiro*, que, talqualmente ocorre com a força maior, o caso fortuito e o fato da vítima, provoca o rompimento do nexu causal entre a ação ou omissão da Administração e o dano experimentado pela vítima.<sup>1989</sup> No fato de terceiro, “a equação dos dados dirigidos à causalidade responsabilizante não chega a se formar”<sup>1990</sup>, pois neste caso não é uma ação ou omissão danosa Estado o fato gerador do dano, mas sim o comportamento de um terceiro, “estranho, naquele exato momento, à relação Estado-administrado”.<sup>1991</sup> Assim, se a conduta de um terceiro, por si só, acarreta dano ao particular sem que o Estado pudesse, em condições normais de cautela, impedir ou mesmo minimizar o prejuízo<sup>1992</sup>, não há que se cogitar em responsabilizar civilmente o Estado, haja vista a inexistência de nexu de causalidade a *atrair* a responsabilidade estatal.

Há ainda situações nebulosas que não se enquadram perfeitamente nas hipóteses antes referidas, mas que também excluem a responsabilidade estatal pela não edição de regulamentos, como, por exemplo, no caso de uma lei que devesse ser regulamentada, mas que, nesse ínterim, tivesse sido declarada inconstitucional por meio de controle abstrato de constitucionalidade de normas. Em casos assim, com a exclusão da norma habilitante do mundo jurídico, evidentemente que o encargo legal de expedir o regulamento que dela emanava deixa de existir, não caracterizando a omissão, neste caso, fonte idônea de responsabilidade civil. Em síntese, deixando a *lei habilitante* de produzir efeitos jurídicos, o regulamento em si, devido ao seu caráter acessório, não necessitará ser expedido ou, caso já o tenha sido, deixará imediatamente de produzir efeitos.<sup>1993</sup>

---

<sup>1989</sup> (...) 3. A força maior deve ser entendida, atualmente, como espécie do gênero fortuito externo, do qual faz parte também a culpa exclusiva de terceiros, os quais se contrapõem ao chamado fortuito interno. O roubo, mediante uso de arma de fogo, em regra é fato de terceiro equiparável a força maior, que deve excluir o dever de indenizar, mesmo no sistema de responsabilidade civil objetiva. (STJ, REsp 976564/SP, Rel. Ministro LUIS Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgamento 20/09/2012, DJe 23/10/2012)

<sup>1990</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso...*, cit., 2007, p. 741.

<sup>1991</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso...*, cit., 2007, p. 741.

<sup>1992</sup> Araújo observa a necessidade de comprovar que o ato de terceiro deve ser considerado causa idônea a gerar o dano. “Assim, havendo a ação direta de terceiro, que não possa ter sido objeto de neutralização pelo Estado, em termos razoáveis, dentro dos cuidados usuais exigíveis, não há como negar a hipótese de excludente, pois há inclusive um traço de inevitabilidade quanto à ação humana que desencadeou o evento danoso”. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso...*, cit., 2007, p. 742. No mesmo sentido: NOHARA, Irene Patrícia. *Direito...*, cit., 2012, p. 785.

<sup>1993</sup> Jorge Pereira da Silva, ao se referir genericamente sobre a omissão legislativa, afirma que “há ainda que verificar se ocorreu algum evento exterior à vontade do próprio legislador e que, tendo estado na origem da não entrada em vigor das normas legais constitucionalmente devidas, possa funcionar, embora impropriamente, como uma causa de exculpação. Seria o caso, por exemplo, de um veto político do

Pode-se concluir, pois, que eventual reparação de danos que tenha por pano de fundo a inatividade administrativa consistente na falta de expedição de regulamento administrativo deve fundar-se em quatro pressupostos: a) a possibilidade material e jurídica de expedição do ato normativo; b) a ausência de *causas de justificação* ou *excludentes de responsabilidade*; c) a lesão a um direito subjetivo ou outro interesse tutelado pela ordem jurídica; d) a relação de causalidade entre a inércia formal da Administração e o dano experimentado pelo particular.<sup>1994</sup>

Pois bem, a inércia normativa da Administração é um comportamento bastante específico e com contornos próprios e bem definidos. Nas hipóteses em que *injustificada*, tal inatividade carregará consigo a marca da ilicitude e, por isso, será configurada como fonte idônea de responsabilidade jurídica, quer porque violou pontualmente alguma regra ou princípio do ordenamento, quer porque a *relação jurídica administrativa* tem por conteúdo, segundo Cabral de Moncada, a disciplina de um direito ou interesse para cuja defesa a ordem jurídica atribui um poder ao respectivo titular, neste caso o administrado, que se materializa numa pretensão dirigida ao outro sujeito da relação, *in casu*, a Administração Pública<sup>1995</sup>, a fim de alcançar o objetivo de interesse público delineado pela lei.

Em casos assim, tem-se que haverá de ser reconhecida uma *presunção relativa* de ilicitude da inatividade normativa, circunstância que autoriza o administrado pleitear eventual reparação de dano. Não obstante, na hipótese de a Administração Pública comprovar a presença, no caso concreto, de alguma *causa de justificação*, isto é, de alguma circunstância que, por si só, exclui a antijuridicidade do comportamento desidioso, não será viável a ação de reparação de danos em desfavor do Estado, pois nesta hipótese a inércia será *licita* e, pois, insuscetível de servir como fonte de responsabilidade civil. Além disso, ainda que não haja a presença de *causa de justificação* da inércia comportamental da Administração, mesmo assim é possível, em tese, a ocorrência de alguma *excludente* de responsabilidade estatal (força maior e caso fortuito, fato da vítima ou fato de terceiro), caso em que também restará afastada a responsabilidade estatal pela não edição de

---

Presidente da República relativo a uma lei aprovada em cumprimento de um dever específico de atuação”. SILVA, Jorge Pereira da. *Responsabilidade...*, cit., 2003, p. 414.

<sup>1994</sup> Em sentido semelhante: JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio...*, cit., 1999, p. 103.

<sup>1995</sup> MONCADA, Luís S. Cabral de. *A relação...*, cit., 2009, p. 13.

regulamento administrativo, nesta hipótese em decorrência de rompimento do necessário nexo causal entre a inatividade normativa e o dano.



## CONCLUSÃO

Ao brotar a ideia desta investigação, há quase cinco anos, pretendia-se reunir base jurídica para responder de forma coerente e fundamentada à seguinte pergunta: a inércia normativa injustificada da Administração Pública, consubstanciada na não expedição de regulamentos administrativos reclamados pela ordem jurídica e necessários ao exercício de direitos, é fonte idônea de responsabilidade civil?

Para apresentar resposta a tal indagação, a presente investigação fundou-se em três eixos teóricos de natureza preparatória: o estudo do poder regulamentar e do regulamento administrativo; os instrumentos existentes na ordem jurídica brasileira para o combate à inércia normativa do poder público e a teoria geral de responsabilidade civil extracontratual do Estado no direito brasileiro. A partir da pesquisa realizada nesses três eixos, partiu-se para a parte derradeira, que consiste na averiguação científica sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado pela não expedição de regulamentos administrativos.

Com o fim do estudo proposto, torna-se agora possível partir para o teste das hipóteses formuladas inicialmente. Quanto à primeira das conjecturas apresentadas – *O uso do poder público de autoridade é imposto, delimitado e impulsionado pelo ordenamento jurídico em hipóteses preordenadas e de modo imperativo ao administrador* –, verifica-se que restou devidamente comprovada. Com efeito, o interesse público previsto abstratamente em determinada *lei* geralmente exige para sua concretização a atuação de agentes que, para tanto, necessitam exercer poderes instrumentais concedidos pelo ordenamento. Ora, se a lei define o direito a ser materializado e quem o materializará (administrador público), a conclusão a que se chega é que o poder de agir que decorre da lei habilitante é um mecanismo de utilização absolutamente *obrigatória* por aqueles que o ostentam legalmente.

O uso do poder regulamentar, portanto, só é legítimo se aderir ao disposto na lei habilitante. Noutras palavras, o poder regulamentar, enquanto face do poder público de autoridade, deve ser exercido não a critério do gestor público, mas como e quando assim dispuser o ordenamento jurídico. Nessa perspectiva, a competência administrativa deve ser compreendida como verdadeiro *poder-dever*, isto é, como prerrogativa estatal que, para além do poder que encerra, consubstancia, antes, um dever de agir, dada a obrigatoriedade

de seu exercício por quem a detém. Ao poder administrativo, portanto, “está conexo um elemento de verosidade”.<sup>1996</sup>

O regulamento administrativo deve ser expedido sempre que o ordenamento jurídico o exigir para a satisfação do interesse público previsto na norma primária. Além disso, também não se pode perder de vista que a competência administrativa é de caráter *irrenunciável*<sup>1997</sup>, ou seja, não se encontra na esfera de disponibilidade do administrador público. Assim, com a definição do interesse público pelo parlamento por meio de norma habilitante, que, diga-se, vincula a vontade do administrador devido à irrenunciabilidade que marca sua competência funcional, parece inequívoco que o silêncio normativo da Administração, vale dizer, o *não exercício* do poder regulamentar quando há norma jurídica a impor sua atuação positiva, configura grave distorção da ordem jurídica.

Portanto, como já afirmado no corpo do texto, os poderes administrativos, como prerrogativas funcionais que são, não podem ser exercidos senão quando houver a materialização da situação abstrata desenhada pela norma jurídica; ocorrendo o fato tipificado, contudo, o poder de agir se transmuda em *dever* e torna obrigatória a conduta administrativa. Além disso, no que tange à valoração acerca da feitura da norma regulamentar, com a pesquisa realizada foi possível evidenciar que tal decisão não está minimamente adstrita à conveniência e oportunidade da Administração Pública. Ao contrário, o poder regulamentar deve ser manejado sempre que a vontade do legislador – e não a do administrador – assim o determinar. Em consequência, a não utilização do poder administrativo em descompasso com o delineamento imposto pelo ordenamento jurídico eiva de vício o comportamento do administrador, seja comissivo ou omissivo. Noutros termos, não há de parte do administrador nenhuma margem de escolha sobre *expedir* ou *não* o regulamento imposto pelo ordenamento. Há, quanto a isto, inequívoca vinculação do poder regulamentar à lei habilitante.

Se não há espaço para o administrador público decidir se expede ou não o regulamento reclamado, por certo haverá alguma margem de discricionariedade quanto ao *conteúdo* do regulamento administrativo. Assim, ao cumprir a determinação legal de expedir o regulamento faltante, dispõe o administrador de certa margem de escolha sobre a

---

<sup>1996</sup> Conforme SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse...*, cit., MCMLV.

<sup>1997</sup> No Brasil, a Lei federal nº 9.784/99, por meio de seu art. 11, estabelece que “A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos”.

substância da norma a ser expedida, de forma a adequá-la ao comando normativo superior e também, neste particular, à conveniência e oportunidade da Administração, que é a responsável por sua operacionalização. Se pode haver certa margem de liberdade da Administração em relação ao conteúdo do regulamento administrativo a ser editado, reforce-se, mais uma vez, que não há nenhuma liberdade de escolha sobre a expedição do ato em si, tratando-se, pois, neste último caso, de conduta *inteiramente* vinculada do poder administrativo, sob pena de clara violação ao princípio da separação de poderes.

A segunda hipótese inserida na parte introdutória – *O exercício de função administrativa consistente na edição de regulamentos administrativos é manifestação de parcela de soberania, tal como reconhece-se à função legislativa a cargo do parlamento* – não foi confirmada, uma vez que a expedição de regulamentos administrativos impostos pela ordem jurídica não se situa no juízo de discricionariedade da autoridade pública, como, aliás, acabou-se de afirmar.

É sabido que o papel de inovar a ordem jurídica incumbe, em regra, ao parlamento, enquanto à Administração Pública cabe o dever de editar o regulamento administrativo sempre que assim for requerido pelo ordenamento, de modo a possibilitar que a *inovação legislativa* possa se materializar no mundo dos fatos por meio do exercício da *função administrativa*. Essa relação harmoniosa entre as funções estatais decorre do princípio da separação de poderes (art. 2º, CF/1988) e também, noutro plano, do princípio do estado democrático de direito. A atividade legislativa, nesse particular, apresenta natureza jurídico-política diversa da função administrativa, pois esta, sobretudo no que concerne ao dever de emitir regulamentos impostos pela lei, como visto, não admite valoração sobre sua conveniência. E é assim porque o poder-dever de expedir regulamentos administrativos consubstancia um *dever específico* de produção normativa. Conquanto o poder legislativo também esteja vinculado ao dever específico de elaborar certas normas impostas pela Constituição, é certo que sua atividade criadora, quando não delimitada por mandamento constitucional, configura-se como um *dever genérico* de produção legislativa, ou seja, como uma *prerrogativa discricionária* que encontra justificativa na soberania do parlamento.

Portanto, o genérico e abstrato *dever* de legislar que se funda na discricionariedade do Poder Legislativo não pode ser confundido com o *dever específico* de produção normativa da Administração Pública, que emana de uma norma jurídica

superior e por ela é circunscrito. Ao exercer seu ofício de inovar o mundo jurídico, o legislador ostenta ampla liberdade de criação; o limite à discricionariedade do legislador no seu *dever genérico* de legislar é a própria Constituição, em especial no que concerne à observância dos direitos fundamentais. Entretanto, será diferente quando houver um *dever específico* de produção normativa, assim compreendido quando existir uma norma jurídica antecedente, de categoria superior, a impor uma atuação positiva. Em casos assim, tanto o legislador quanto o administrador estão vinculados ao comando normativo de *maior autoridade*, circunstância que exige dos órgãos competentes uma atuação proativa e diligente com vistas a conferir concretude à norma habilitante. Em outras palavras, o *dever genérico* de legislar até convive bem com a inércia; já o *dever específico* trava com ela uma luta sem tréguas.

O poder geral de inovar a ordem jurídica, próprio do parlamento, carrega consigo a marca da soberania, cuja principal consequência é a discricionariedade legislativa para a criação de direito novo. Em consequência dessa particularidade, a inércia *genérica* do legislador não acarreta ofensa ao sistema político-jurídico. Todavia, o mesmo não se observa em relação ao dever de expedir regulamentos administrativos, pois neste caso está-se diante de um dever específico, imposto pelo ordenamento, de emitir a norma faltante. Ao administrador, diante do encargo legal de criar o regulamento reclamado não resta alternativa senão a expedição da norma específica, observados os parâmetros definidos pela lei de regência e os princípios que informam a atividade administrativa.

Ao descumprir deliberadamente o dever específico de expedir um regulamento administrativo o administrador vicia sua inépcia por três claras razões. A primeira, de natureza institucional, revela que a inatividade normativa da Administração atenta diretamente contra o princípio da juridicidade e rompe, conseqüentemente, a independência e harmonia que devem reger as funções estatais; a segunda razão, de natureza substantiva, também é extremamente danosa ao direito, eis que a “simples” não expedição de um regulamento administrativo tem o condão de converter a expectativa de direito criada pela norma superior em frustração *real*, pois a ausência da medida concretizadora requerida pelo ordenamento acaba por colocar em desamparo o administrado, eventualmente causando-lhe danos indenizáveis; por fim, a inércia normativa injustificada, quando levada a efeito de forma deliberada, pode, em tese, caracterizar a ocorrência de desvio de poder, ilegalidade que pode acarretar inclusive a



punição administrativa da autoridade competente. Em síntese, a não edição de um regulamento administrativo pode provocar grave distorção ao sistema jurídico, pelo desprestígio que causa ao parlamento e pela inobservância do princípio da boa administração, bem como gerar danos injustos a terceiros. Numa palavra, a inércia normativa injustificada do administrador é comportamento arbitrário, prejudicial à estrutura político-administrativa e potencialmente nocivo ao interesse de particulares.

Pois bem, aspecto fundamental para o alcance do objetivo proposto nesta pesquisa foi a abordagem sobre a carga normativa dos princípios constitucionais que informam a atividade administrativa. O estudo sobre a normatividade desses princípios foi necessário para responder a terceira das hipóteses apresentadas inicialmente, que era precisamente a seguinte: “*Os princípios informadores da atividade administrativa, isoladamente considerados, possuem força normativa para orientar e determinar condutas ao administrador público.*” Tal conjectura, como se observará, restou devidamente ratificada.

Confirmou-se, primeiramente, que a atuação do administrador público está inteiramente vinculada aos direitos fundamentais, muitos dos quais materializados por meio de princípios constitucionais, como, v. g., o da proporcionalidade. Examinou-se também a doutrina do *administrative constitutionalism*, que sustenta, como visto, que haja uma proeminência das normas constitucionais (regras e princípios) na construção da relação jurídica administrativa do século XXI. Noutros termos, percebeu-se a necessidade de clara imposição dos mandamentos constitucionais às instituições públicas de forma geral, e em particular ao administrador público, que é inequivocamente o ator mais importante na tarefa de conferir concretude ao texto constitucional. A relação jurídica administrativa, portanto, deve ser arquitetada sob as bases e limites da Constituição, daí resultando a necessária vinculação do administrador às regras e sobretudo aos princípios nela estatuídos.

Portanto, os princípios constitucionais informadores da atividade administrativa, dotados de normatividade que são, têm aptidão para determinar condutas à Administração Pública, em especial quando tais criam condições jurídicas à concretização de direitos fundamentais, como habitualmente ocorre com os regulamentos administrativos. Assim, mesmo isoladamente considerado, um princípio possui normatividade suficiente para indicar ou repelir condutas no seio da Administração, bem como para servir de parâmetro de controle para o exercício da atividade administrativa do Estado.

Atualmente são poucas as vozes a se insurgirem contra à nova dimensão a que foram erigidos os princípios jurídicos, isto é, à sua condição de normas vinculadoras do agir administrativo. A normatividade principiológica tem sido estudada com profusão nas últimas décadas, em especial a partir das obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Tais autores, conquanto apresentem distinções teóricas em suas obras, reconhecem aos princípios não apenas o papel de interpretação e integração das regras jurídicas, como consagrado pela doutrina tradicional, mas como *normas gerais*, dotadas, pois, de normatividade própria e também de caráter vinculante. No que tange à relação jurídica administrativa, os princípios jurídicos também exercem funções que se relacionam intrinsecamente com o regime democrático e com o estado de direito; como normas que são, impõem condutas ao administrador público com a finalidade de dar concretude à constituição e, para além disso, servem de paradigma para o controle político, judicial, administrativo e social do exercício da função administrativa. Essa é a nova dimensão dos princípios constitucionais.

As características da generalidade e abstração, presentes nos princípios e consideradas por alguns críticos como impeditivas ao reconhecimento de sua normatividade, apenas evidenciam uma distinção metodológica entre os dois tipos de normas, que tem por objetivo dar completude e coesão ao sistema jurídico. Assim, as ideias positivistas das fontes legais que reinaram em boa parte do século passado já não encontram terreno fértil nos dias atuais, pois o reconhecimento de normatividade aos princípios possibilitou a passagem para uma nova perspectiva do direito, mais preocupada, particularmente no âmbito da relação jurídica administrativa, em orientar o agir administrativo pelo caminho da ética, da racionalidade, do zelo para com o administrado e sobretudo com a ideia de justiça material.

Portanto, talqualmente ocorre com as regras, os princípios determinam e delimitam a conduta administrativa e se revelam como poderosos instrumentos de aferição da discricionariedade administrativa. Além disso, foi possível notar que as características de generalidade e abstração que são próprias dos princípios jurídicos são atributos especialmente relevantes no que concerne ao controle a inatividade normativa da Administração. A não expedição de regulamentos administrativos, pois, deve ter sua legitimidade cotejada com os princípios constitucionais, em especial, conforme realizado

nesta pesquisa, com os da juridicidade, proporcionalidade, eficiência e moralidade administrativa.

A derradeira hipótese apresentada na introdução deste trabalho científico pretendia obter resposta acerca da necessidade de a inércia normativa ser declarada culposa para que fosse reconhecido o dever de indenizar em desfavor do Estado. Daí a necessidade de se analisar os conceitos de culpabilidade e ilicitude, como foi feito, a fim de identificar o melhor modelo de reparação civil para os danos desencadeados pela inatividade normativa injustificada da Administração. A hipótese, que foi confirmada, era precisamente a seguinte:

*“d) A inatividade normativa da Administração que restringe ou obstaculiza o exercício de direitos individuais, mesmo quando não identificado o elemento subjetivo da conduta (dolo ou culpa), configura comportamento ilícito para fins de reparação de danos.”*

Confirmou-se, portanto, que a ilicitude do comportamento passivo injustificado da Administração Pública, ainda que sem a configuração de culpa pessoal ou *do serviço*, é fonte idônea de responsabilidade civil. Assim, a não emissão de regulamento no prazo estabelecido pela lei habilitante ou, quando omissa, em prazo razoável, sem uma justificativa amparada no direito, evidencia um comportamento administrativo impróprio, inaceitável e incompatível com a ideia de boa administração.<sup>1998</sup>

No Brasil, como foi analisado detalhadamente, não há uma lei específica a cuidar do espinhoso tema da responsabilidade civil extracontratual do Estado. Todo o tratamento normativo dado a esta matéria tão importante se resume um dispositivo constitucional, o § 6º do art. 37 da Carta de 1988<sup>19992000</sup>, que prevê que o Estado ou quem lhe faça as vezes responderá *objetivamente* pelos danos que seus agentes, no exercício da função pública, causarem a terceiros. Não obstante o teor do dispositivo constitucional, que não faz referência ao elemento subjetivo da conduta como requisito para a reparação de danos contra o Estado, a doutrina e a jurisprudência brasileiras passaram a partilhar

---

<sup>1998</sup> Segundo Rogério Soares, “o principal significado do dever de boa administração consiste na necessidade imposta ao agente de individualizar a directiva para o caso concreto e actuá-la”. SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse...*, cit., MCMLV, p. 192.

<sup>1999</sup> A redação do § 6º do art. 37 da Constituição é a seguinte: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

<sup>2000</sup> O art. 43 do Código Civil de 2002 repete, com pequenas e insignificantes modificações de redação, o texto do art. 37, § 6º da Constituição.

entendimento, ainda hoje majoritário, segundo o qual a responsabilidade do Estado é de natureza objetiva, mas apenas pelos danos ocasionados pela *ação* de seus agentes; nos casos em que o dano é provocado por *omissão*, contudo, a responsabilidade estatal seria de natureza *subjetiva*, isto é, demandaria a comprovação de *culpa pessoal* ou *anônima* da Administração (*faute du service*) para a configuração da responsabilidade do Estado.

As teses *objetivista* e *subjetivista*, como se sabe, são igualmente úteis e complementares no que diz respeito ao sistema de responsabilidade civil. Não obstante isso, quando se cuida particularmente das omissões normativas da Administração, percebe-se claramente a necessidade de conferir novo tratamento ao tema, já que o quadro jurídico atual não consegue solucionar com equidade os casos de danos ocasionados pela inatividade normativa injustificada. Nessa perspectiva, buscou-se, no último capítulo desta investigação, apresentar um novo modelo de reparação de danos quando tais decorressem da *inatividade normativa estatal*, que perpassa, necessariamente, pela distinção técnico-jurídica entre duas expressões intrinsecamente conectadas, mas que não podem ser confundidas: *conduta ilícita* e *conduta culposa*.

Observou-se que tanto a conduta *culposa* quanto a *ilícita* são fontes de responsabilidade civil nos casos de inércia estatal. Por *conduta culposa* entenda-se aquela em que deve ser realizada uma valoração do elemento subjetivo comportamental, isto é, avaliada a intenção do agente (dolo) ou sua atuação imprudente, negligente ou imperita (culpa). A conduta culposa, como é evidente, viola o sistema jurídico e, por isso, é considerada ilícita. Já a ideia de *conduta ilícita* possui um espectro muito maior, pois engloba em seu campo de incidência não só as condutas culposas, de abrangência mais restrita, mas também qualquer outra ação ou omissão que se revele contrária ao direito. A inatividade normativa culposa é fonte de responsabilidade civil do Estado, assim como também o é a inércia normativa que se contrapuser às regras e princípios constitucionais que orientam a função administrativa, pois, neste caso, ainda que não haja identificação de culpa pessoal ou do serviço, a ilicitude do comportamento, por si só, já reivindica uma resposta do direito, precisamente por ser com ele incompatível. A resposta, vale dizer, é a reparação civil.

Assim, um comportamento ilícito abarca não apenas as situações em que seja identificada a presença de dolo ou culpa, mas também outras que prescindem de valoração do elemento subjetivo da conduta do agente público, haja vista que, autonomamente, já se

revelam impregnadas por vícios de antijuridicidade, isto é, são, em sua essência, objetivamente contrárias ao direito. Consequentemente, para além da omissão culposa, concluiu-se nesta pesquisa que também são ilícitas as omissões que contrariem os princípios constitucionais da legalidade (juridicidade), da proporcionalidade, da eficiência e da moralidade administrativa. Em suma, será ilícita a inatividade normativa da Administração se injustificada e quando contrária às regras e princípios que orientam a função administrativa.

Com efeito, a inatividade normativa da Administração que restringe ou obstaculiza o exercício de direitos individuais, mesmo quando não identificado o elemento subjetivo da conduta (dolo ou culpa), configura, à evidência, comportamento ilícito para fins de reparação estatal. Portanto, nos casos de não expedição de regulamentos pela Administração Pública a *ilicitude* deve servir de parâmetro indenizatório, pois é solução mais adequada do ponto de vista da moralidade e do próprio senso de justiça. *Ilícito*, para fins de reparação estatal, é o comportamento administrativo que se contraponha ao ordenamento jurídico, isto é, a conduta que, num plano de aferição *objetiva*, isto é, desligado do desígnio interno do agente, viola os princípios e regras que informam o regime constitucional-administrativo. Em síntese, não se deve exigir a comprovação de culpa *pessoal* ou do *serviço* para a responsabilização do Estado ante sua inatividade normativa danosa, simplesmente porque tal medida revela desproporção e incoerência jurídica e, vale dizer, também porque a Carta de 1988 simplesmente não traz em seu texto a exigência de comprovação de culpa.

Pois bem, com o desenvolvimento da presente investigação, foi possível apresentar respostas fundamentadas às quatro hipóteses inicialmente levantadas, cuja sinalização, em todos os casos, está a indicar que a não expedição de regulamentos administrativos sem justificativa idônea viola a ordem jurídica. Desse modo, ultrapassada a etapa de confirmação das hipóteses suscitadas, passa-se agora, numa síntese conclusiva, aos principais argumentos ético-jurídicos que proporcionaram a formação de juízo de valor sobre a ilicitude da inércia normativa injustificada da Administração, especificamente no que tange à não edição de regulamentos administrativos. De acordo com a pesquisa

efetuada, tal inércia, quando injustificada, será ilícita por ofender os princípios da juridicidade, da proporcionalidade, da eficiência e da moralidade.<sup>2001</sup>

Nesse cenário, havendo um comando legal a habilitar e impulsionar a atividade do administrador público e este, recalcitrante, mantém-se injustificadamente passivo, seu silêncio se contrapõe ao princípio da legalidade administrativa<sup>2002</sup>. Deveras, não se pode admitir que a Administração Pública, por ação ou omissão, adote comportamentos desalinhados com algum mandamento constitucional ou legal, sob pena de negar-se a própria existência do Estado de democrático de direito.

Nessa perspectiva, a partir do momento em que é editada uma lei e esta impõe ao administrador o encargo de expedir um regulamento para sua concretização, tanto é ilícita a emissão da norma regulamentar em desacordo com as demarcações fixadas pela norma superior, como, talvez mais ainda, a passividade normativa da Administração, que revela, como já afirmado, forma peculiar de desconsideração da vontade do Parlamento e também falta de compromisso institucional com a realização dos direitos dos administrados. Essa conduta negligente, como é óbvio, viola o princípio da legalidade administrativa.

Também será ilícita e, pois, fonte de responsabilidade estatal a inatividade normativa injustificada por transgressão ao princípio da proporcionalidade, tido atualmente como um dos postulados mais importantes para a solução de conflitos entre bens jurídicos e também para aferição da discricionariedade e da omissão administrativas. A proporcionalidade está intrinsecamente conexas com a ideia de direito *justo*, e por isso deve repudiar qualquer tipo de desproporção, seja para o *mais* ou para o *menos*. Desse modo, o agir desproporcional – por excesso – é ilegítimo, assim como também o é o *não agir*, nas hipóteses em que o ordenamento jurídico estiver a reclamar uma conduta ativa do administrador.

O princípio da proporcionalidade, nos casos de inatividade normativa da Administração, é parâmetro de especial relevância à averiguação da legitimidade de tal

---

<sup>2001</sup> Na verdade, a ilicitude da omissão normativa pode decorrer de sua incompatibilidade com qualquer princípio constitucional, no entanto a presente investigação concentrou-se naqueles princípios cuja normatividade, direta ou indiretamente, está a exigir uma atuação administrativa diligente, zelosa e proativa, e, bem por isso, contrapõem-se claramente à passividade estatal injustificada.

<sup>2002</sup> Esclareça-se que durante o desenvolvimento desta pesquisa, em vários momentos preferiu-se a utilização do vocábulo *juridicidade* em vez de *legalidade*, em consonância com a moderna doutrina administrativista, haja vista que, na atualidade, compreende-se que a Administração Pública está vinculada não apenas às regras jurídicas em sentido estrito, mas também aos princípios que informam a função administrativa.

comportamento no caso concreto. Conforme analisado ao longo desta investigação, o princípio da proporcionalidade foi estruturado em três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)<sup>2003</sup>. Destes, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito apresenta um viés de relevo para a ponderação acerca de eventual ilicitude da inércia normativa: a proibição de proteção insuficiente ou, simplesmente, a proibição por inoperância. Em consequência da proibição da proteção insuficiente, como visto, a Administração Pública deve adotar todas as providências a seu alcance para a tutela dos direitos fundamentais. Por outros termos, o princípio da proporcionalidade apresenta duas faces igualmente importantes para a defesa dos direitos fundamentais: a proteção positiva, que visa precisamente a limitação do poder estatal; e a proteção negativa ou, como referenciado, proibição de proteção insuficiente, que tem por objetivo combater a inércia estatal, ao exigir do poder público a adoção de medidas previstas no ordenamento que sejam necessárias à satisfação dos direitos dos administrados.<sup>2004</sup>

A não emissão injustificada de um regulamento administrativo, portanto, além de configurar comportamento incompatível com o princípio da legalidade, também não resiste a um exame de *proporcionalidade*, em especial quando envolver a violação de direitos fundamentais, haja vista que tais direitos vinculam o administrador público e, para além disso, exigem uma atuação dinâmica e proativa na concretização dos direitos dos administrados. Em consequência, proíbe-se a passividade estatal, por contrariar a dimensão negativa dos direitos fundamentais.

A inércia normativa injustificada da Administração também não se compatibiliza com o princípio constitucional da eficiência, previsto expressamente no *caput* do art. 37 da Carta de 1988. Deveras, o exercício da função administrativa exige dos agentes públicos um *agir adequado e diligente* no cumprimento das tarefas impostas pela ordem jurídica. Se a eficiência é um objetivo a ser perseguido por meio da atuação administrativa, um dos

---

<sup>2003</sup> Essa estruturação, esclareça-se, é aquela procedente da escola germânica, que foi acolhida por grande parte dos países da Europa e da América do Sul, dentre os quais o Brasil.

<sup>2004</sup> O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 418.376, fez referência ao princípio da proibição de proteção insuficiente, sinalizando-o como uma espécie de “garantismo positivo” necessário ao combate às omissões estatais. (STF, RE 418.376/MS, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento: 09.02.2006).

meios para que tal aconteça é exatamente a expedição de regulamentos administrativos necessários à fruição de direitos.

De fato, não se pode admitir na atualidade a existência de uma Administração Pública omissa e descompromissada com a concretização de direitos dos administrados. Exige-se da máquina pública precisamente o contrário. Assim, se há uma lei que carece de regulamentação administrativa para tornar-se exequível, deve a Administração ser o seu *porto seguro*, isto é, cuidar para que o direito previsto abstratamente na lei possa tomar corpo por meio do agir administrativo. Se assim não for, o interesse público que norteia a atividade administrativa certamente não será atingido, razão pela qual não é insensato dizer que as ideias de *inatividade administrativa* e *boa administração* são manifestamente excludentes.

Portanto, o princípio constitucional da eficiência contrapõe-se à lentidão e ao descaso, irmãos siameses da omissão administrativa. Conseqüentemente, o bom administrador, ao tomar ciência de seu dever legal de emanar um regulamento deverá fazê-lo no prazo conferido na norma habilitante ou, na falta de previsão nesse sentido, em prazo razoável, a não ser caso a caso, pois do contrário seu comportamento será ilícito e, como tal, merecerá reparo. Em resumo, sempre que houver um *encargo legal* a exigir a emissão de uma norma regulamentar, a passividade administrativa não é um comportamento aceitável num contexto de *boa administração*; a inércia, em casos assim, é conduta antijurídica, fonte de responsabilidade civil, seja porque a norma habilitante impõe um comportamento positivo ao administrador público, seja porque, noutro plano, a inércia, o descaso e a omissão não são meios idôneos para o alcance do bem comum.

Por fim, analisou-se ainda a inércia formal da Administração à luz do princípio da moralidade administrativa. Também aqui a ilicitude do comportamento passivo injustificado da Administração é de clareza solar. Com efeito, a exigência de moralidade faz recair sobre os agentes públicos o dever de obediência a um *padrão ético mínimo* que tem por objetivo resguardar o interesse da coletividade; esse *standard* ético exige que a boa-fé objetiva seja o fio condutor da função administrativa do Estado. Assim, no exercício da função administrativa não pode o agente público descuidar dos paradigmas éticos e de boa administração que devem guiar seu comportamento.

Desse modo, caso a Administração não expeça um regulamento determinado pela ordem jurídica, a inatividade normativa deverá ser observada também sob o prisma ético,



mas num plano meramente objetivo, isto é, sem investigação acerca do elemento volitivo, porquanto desnecessária. A moral administrativa, portanto, deve ser cotejada de forma desvinculada da intenção do agente na produção do resultado, sendo suficiente a realização de um juízo de valor acerca da *passividade administrativa* frente ao comando jurídico *de agir*, de modo a concluir se tal comportamento é ou não reprovável do ponto de vista ético. A conduta administrativa ideal, objetivamente considerada, a que moralmente deve proceder a Administração Pública, não pode ser outra senão aquela que se mostre mais compatível com o interesse da coletividade.

Para os fins de reparação civil, conforme já registrado no corpo desta investigação, a não expedição de regulamentos administrativos deve ser considerada imoral e, portanto, ilícita, em duas situações distintas: a) na constatação de que a inércia normativa é apenas uma forma maliciosa de descumprir o objetivo traçado pela norma jurídica, hipótese em que o silêncio administrativo caracterizaria, em tese, grave ocorrência de desvio de finalidade, passível inclusive de responsabilização administrativa do agente; b) na aferição pura e simples da inatividade administrativa injustificada, que se opõe objetivamente ao ordenamento e prejudica direitos subjetivos nele amparados.

Pelos argumentos antes expostos, é possível afirmar que a inatividade normativa da Administração traz em si uma presunção de ilicitude do comportamento estatal, notadamente porque os princípios analisados nesta investigação estão a indicar, todos eles, que a escolha do administrador pela inércia quando a ordem jurídica está a exigir um comportamento ativo é conduta anormal e potencialmente lesiva a particulares. Tal presunção, de caráter relativo, somente poderá ser elidida se a própria Administração comprovar a existência de justificativa idônea para o seu silêncio normativo.

A antijuridicidade do comportamento omissivo da Administração deverá ser declarada pelo Poder Judiciário mesmo que não haja identificação de culpa ou dolo da autoridade competente ou ainda de mau funcionamento da atividade administrativa (*faute du service*). Trata-se aqui de uma ilicitude que deve ser apurada objetivamente, caso a caso.

A substituição da *culpa* pela *ilicitude* em casos de inatividade normativa se justifica por diferentes motivos. Em primeiro lugar, a comprovação de culpa em hipóteses de inércia administrativa cria grandes obstáculos no que tange à sua prova, situação que acaba por inviabilizar ou ao menos dificultar sobremaneira a reparação de danos

ocasionados pela omissão estatal, situação que fere o *princípio da justiça*. Além disso, ao impor ao Estado a obrigação de reparar os danos provocados pelo seu descaso para com o administrado, reforça-se a normatividade dos princípios, em especial, neste caso, o da eficiência, que em razão de seu caráter didático propiciará no médio ou longo prazo uma mudança de paradigma no seio da Administração Pública brasileira, há muito conhecida por sua inépcia, falta de zelo com a coisa pública e pela prestação de serviços de baixa qualidade ao administrado.

Por fim, a adoção da ilicitude como parâmetro para a reparação de danos decorrentes da inércia normativa da Administração também se justifica pelo fato de a Constituição brasileira de 1988 impor ao Estado o dever de reparar danos que seus agentes *causarem* a terceiros, sem mencionar, em momento algum, a análise psicológica da conduta como condição para tanto e muito menos restringir a reparação aos danos provocados por *ação*. O vocábulo “causarem”, previsto no § 6º do art. 37 da Carta de 1988, não está a indicar, como sustentado por alguma doutrina, que a vontade do legislador constituinte era adotar a responsabilidade objetiva apenas para as ações estatais. Tal solução, de caráter surreal, serve apenas aos maus gestores públicos, que se amparam em uma jurisprudência ainda majoritária para descumprirem ou retardarem injustificadamente e de forma desarrazoada a expedição de regulamentos administrativos impostos pelo ordenamento jurídico. Portanto, na inatividade formal da Administração a ilicitude deve ser aferida *objetivamente*, pois só assim é possível impor ao Estado um dever de indenizar que se compatibilize com o texto constitucional, com a coerência jurídica e com a ideia de justiça social.

Como observou-se ao longo deste estudo, a inatividade normativa injustificada da Administração, por vários fundamentos, carrega consigo a marca da ilicitude. Sendo assim, se causadora de dano, o prejudicado poderá propor demanda reparatoria contra o Estado. São, pois, pressupostos de tal ação a *inatividade ilícita*, o *dano* e o *nexo causal*. Não deve o prejudicado se preocupar, portanto, com a comprovação de *culpa pessoal* ou *do serviço*. Num segundo momento, isto é, após o pagamento de eventual indenização, caberá ao Estado exercer seu *dever* de regresso contra a autoridade pública responsável pela inércia, mas neste caso apenas se o poder público comprovar que a inatividade ilícita decorreu de culpa ou dolo de seu agente, pois, não custa lembrar, a responsabilidade do agente público,

nos termos do art. 37, § 6º da Constituição é sempre de natureza subjetiva, isto é, fundada na comprovação de culpa pessoal do agente.

Assim, comprovada a contrariedade da inércia normativa da Administração com o ordenamento jurídico, estará satisfeito o primeiro dos três elementos da responsabilidade civil extracontratual do Estado: a ilicitude. Além desta, ao administrado caberá ainda fazer prova do dano indenizável e da necessária relação de causalidade. Em casos como tais, estarão reunidos os pressupostos da responsabilidade estatal por inatividade normativa da Administração.

No que concerne ao nexos causal, nas hipóteses em que dano decorrer de inatividade normativa da Administração, incumbirá ao prejudicado, em eventual demanda reparatória, comprovar que se o regulamento imposto pela lei habilitante tivesse sido produzido não haveria, conseqüentemente, o dano agora reclamado. Em outras palavras, cabe ao particular comprovar que o prejuízo experimentado somente ocorreu em decorrência da inércia ilícita da Administração. Assim, a violação do dever de expedir um regulamento administrativo não pode ser compreendida como causa adequada do dano se este também se produzisse ainda que o ato normativo tivesse sido editado pela Administração. Resumindo, em caso de inércia normativa da Administração deve-se abstrair tal inércia a fim de aferir se o dano, mesmo assim, teria ocorrido. Sendo negativa a resposta, haverá liame causal entre a inatividade ilícita e o dano, sendo este, pois, suscetível de reparação por via judicial.

Por fim, examinou-se também nesta investigação que, uma vez proposta demanda ressarcitória em desfavor do Estado por danos provocados pela não expedição de regulamento administrativo, será possível a exclusão da responsabilidade estatal mediante a comprovação, de sua parte, de alguma causa de justificação ou ainda de excludente de responsabilidade previstas no direito brasileiro.

Nesse aspecto, relembre-se que a Carta brasileira de 1988 adotou como fundamento para a responsabilização estatal a *teoria do risco administrativo*. Conseqüentemente, presentes certas circunstâncias, será possível ao Estado ver excluída ou atenuada sua responsabilidade pela ocorrência do fato lesivo. Assim, caso a não expedição de regulamento administrativo seja justificada pela ocorrência de evento de força maior ou caso fortuito, culpa da vítima e ato de terceiro, já retratados em detalhes nesta investigação, não haverá obrigação estatal de indenizar, haja vista o rompimento do nexos causal.

Além das excludentes de responsabilidade utilizadas normalmente nas hipóteses de danos causados pela ação estatal, a reparação de danos em virtude da ausência de regulamento administrativo possui um pressuposto inarredável, que é a *ilicitude da conduta*. Por isso, havendo causa idônea a descaracterizar a antijuridicidade da inatividade normativa, não há que se falar em reparação de danos pela não expedição de regulamento administrativo. Como decorrência natural da obrigatoriedade de reparação provir apenas de omissão contrária ao direito, poderá haver, em tese, eventual *exclusão de ilicitude* da inatividade estatal, nas hipóteses em que houver comprovação de que a inércia da Administração encontra abrigo no próprio direito. E é assim porque a omissão *lícita*, ao contrário da *ação*, não tem o condão de ensejar a reparação contra o Estado.<sup>2005</sup>

A partir dos argumentos expostos no corpo desta investigação, torna-se possível apresentar a seguinte síntese conclusiva: em caso de eventual demanda reparatoria proposta por particular em desfavor do Estado, que tenha por fundamento a inatividade normativa injustificada da Administração, vale dizer, a *falta de expedição de regulamento administrativo*, deverão restar comprovados os seguintes pressupostos: a) a lesão a um direito subjetivo ou outro interesse tutelado pela ordem jurídica; b) a relação de causalidade entre a inércia formal da Administração e o dano indenizável experimentado pelo particular. Por outro lado, caberá ao Estado, para isentar-se da responsabilidade, comprovar eventuais *causas de justificação* ou *excludentes de responsabilidade*, de modo evidenciar a impossibilidade *material* ou *jurídica* de expedição tempestiva do ato normativo requerido pela ordem jurídica.

---

<sup>2005</sup> Segundo prescreve o art. 188 do Código Civil brasileiro, são *causas de justificação* ou *excludentes de ilicitude* da conduta a *legítima defesa*, o *estado de necessidade* e o *exercício regular de direito*.

## REFERÊNCIAS:

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- ACKERMAN, Bruce. *We the People*. Volume I Foundations. 4.<sup>a</sup> ed. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1993.
- AHUMADA RUIZ, Maria Angeles. *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, nº 8, Enero-abril, 1991.
- ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo I, Barcelona: Bosch, 1970.
- ALESSI, Renato. *La responsabilidad dela pubblica amministrazione*. Vol. I, Milano: Dott A. Giuffrè, 1939.
- ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2006.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Organizador/Tradutor Luís Afonso Heck, 3<sup>a</sup> ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. *La Potestad Normativa de las Administraciones Independientes*. In *Administración Instrumental – Libro Homenaje a Manuel Clavero Arévalo*, Vol. I. Madrid: Civitas, 1994.
- ALMEIDA, Mário Aroso de. *Art. 9º – Ilicitude*. In *Comentário ao Regime de responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.
- ALMEIDA, Mário Aroso de. *Manual de Processo Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2010.
- ALMEIDA, Mário Aroso. *Teoria Geral do Direito Administrativo: Temas Nucleares*, 2012.
- AMAN JR., Alfred C. and MAYTON, William T. *Administrative Law*. Third Edition (Hornbook Series). West Academic Publishing, 2014.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *Direito Administrativo*. Vol. III. Lisboa: 1989.
- AMARAL, Diogo Freitas do. *O princípio da justiça no art. 266 da Constituição*. In *Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Rogério Soares*, Coimbra: Almedina, 2001.
- AMARAL, Diogo Freitas. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2009.
- AMATO, Giuliano; GAROFOLI, Roberto. *L'Amministrazione tra Democratizzazione, Efficientismo, Responsabilità*. Roma: Neldiritto Editore, 2009.

ANDRADE, J. C. Vieira de. *Lições de Direito Administrativo*. 4ª Edição. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015.

ANDRADE, J. C. Vieira de. *A Justiça Administrativa (Lições)*. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

ANDRADE, J. C. Vieira de. *A responsabilidade indemnizatória dos poderes públicos em 3D: Estado de direito, Estado fiscal, Estado social*, in. Revista de Legislação e de Jurisprudência. Ano 140º. Nº 3969. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

ANDRADE, J. C. Vieira de. *A responsabilidade por danos decorrentes da função administrativa na nova lei sobre responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entes públicos*, In Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 137º. Nº 3951. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ANDRADE, J. C. Vieira de. *Legitimidade da Justiça Constitucional e princípios da maioria*. In Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio do 10º aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 1995.

ANDRADE, J. C. Vieira de. *O Ordenamento Jurídico Administrativo Português*, in Contencioso Administrativo. Braga: Livraria Cruz, 1986.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do exercício da função legislativa*. In Revista de Legislação e de Jurisprudência. Ano 142º, Nº 3980, Maio-Junho 2013, Coimbra Editora.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4ª edição, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coordenador). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Legalidade e regulamentos administrativos no Direito contemporâneo (uma análise doutrinária e jurisprudencial)*, in Revista Forense, Vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARANA MUÑOZ, Jaime Rodríguez. *Nuevas orientaciones doctrinales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*. In Biblioteca Digital Revista de Direito Administrativo e Constitucional – RDAC, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, abr. 2003. Disp.: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=12616> Acesso em: 12 de janeiro de 2017.

ARANGIO-RUIZ. *Istituzioni di Diritto Romano*, 14ª ed. Napoli, 1978.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. *Controle da Atividade Normativa das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Synergia, 2013.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”*. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O direito público em tempo de crise: estudos em homenagem a Rui Rubem Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário: de acordo com a emenda constitucional nº 42, de 19.12.03*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BÁEZ, Carlos Silva. *La omisión legislativa y su inconstitucionalidad em México*. Boletim Mexicano de Derecho Comparado, n. 105, 2002.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Introducción al derecho constitucional*. 3ª edición. Madrid: Tecnos, 2014, p. 83.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBI, Celso Agrícola. *Proteção Processual dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Forense, 1988.

BARBOSA, Mafalda Miranda. *Reflexões em torno da responsabilidade civil: teleologia e teleonomologia em debate*, in Boletim da Faculdade de Direito, vol.81, Coimbra, 2005.

BARBOSA, Mafalda Miranda. *Responsabilidade subjectiva, responsabilidade objectiva e sistemas securitários de compensação de danos: brevíssimas notas a propósito das lesões causadas pelo profissional de saúde*. In Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXVII, Coimbra, 2011.

BARBOSA, Ruy. *Commentários à Constituição Federal Brasileira*. 1º vol. São Paulo: Saraiva, 1932.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARRON, A. Jerome; e DIENES, C. Thomas. *Constitutional Law*. 7<sup>th</sup> Edition, Thonson Reuters, 2009

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disp. em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. acesso em 31/03/2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado, nº 9, março/abril/maio 2007, Salvador.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. São Paulo: Renovar, 2006.

BARROSO, Luiz Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

- BARTHÉLEMY-DUEZ. *Traiti ihnentaire de droit constitutionnel*. Paris, 1926; *apud* Pinto Ferreira. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 5. ed., São Paulo: RT, 1971.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *O princípio da moralidade no direito público*. In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, Ano 6 – N. 22 – Janeiro-Março de 1998, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial – Em busca de la seguridad perdida*. Traducción de Rosa S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2008.
- BEHN, Robert D. *Rethinking Democratic Accountability*, Washington: Brookings Institutio, 2001.
- BELLIS, Maurizia de. *Global Financial Standards and Networks: the Global Administrative Law Perspective*. In *Revista de Derecho Público*, nº 30, Enero – Junio de 2013.
- BENAVIDES, María Susana Villota. *El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas em el contexto del Estado social de derecho*. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 42, nº 117, julio-Diciembre, Medellín, 2012.
- BÉNOIT, Francis-Paul. *Le Droit Administratif Français*. Paris: Dalloz, 1968.
- BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BERNARDES Juliano Taveira. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADInO)*. In: *Ações Constitucionais*. 5ª ed. (Org. Fredie Didier Junior). Salvador: Ed. Juspodivm. 2011.
- BERTHÉLEMY, Henry. *Tratité Élémentaire de Droit Administratif*. 2ª Ed. Paris: Rousseau, 1902.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Ed. Rev. e atualizada por Caio Mario da Silva Pereira. 2ª ed. Rio de Janeiro: F. Alves. 1980, pp. 270-271.
- BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, 2ª edição, São Paulo: Renovar, 2008.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria de Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BITTAR, Eduardo C.B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *Governo degli uomini o governo delle leggi?* In: *Il futuro della Democrazia*. Torino: Einaudi, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Il futuro della Democrazia*. Torino: Einaudi, 1991.



BÖCKENFÖRDE, Ernst. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000,

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Estudos Avançados*, vol.18, nº 51, São Paulo, May/Aug., 2004

BONAVIDES, Paulo. *O Direito Constitucional e o momento político*. Revista de Informação Legislativa, ano 21, nº 81, jan./mar. 1984.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BORDA, Daniel Siqueira. *A Responsabilidade civil do Estado à luz dos desafios impostos pela sociedade de risco*. In Revista de Direito Administrativo Contemporâneo: ReDAC, V. 1, maio/junho 2013.

BORGES, Alice Gonzalez. *A Responsabilidade civil do Estado à luz do Código Civil: um toque de direito público*. In Responsabilidade Civil do Estado. Juarez Freitas (organizador). São Paulo: Malheiros, 2006.

BORTOLI, Adriano de. *A validade dos atos administrativos e a vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais*. In Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneos. Org. Luiz Henrique Cademartori. Florianópolis: Ed. Momento Atual, 2003.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Manual da Responsabilidade Civil do Estado – À luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

BREY, José Luis, et al. *Derecho Constitucional de España – Sistema de la Constitución de 1978*, MADRID: Editorial Universitas, 2006.

BREYER, Stephen G. *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text and Cases*. New York: Aspen, 2006.

BREYER, Stephen G.; STEWART, Richard B. *Administrative Law and Regulatory Policy*. Third Edition, Boston: Little, Brown & Company Limited, 1992.

BRITO, Carlos Ayres. *Separação dos Poderes na Constituição brasileira*. Revista de Direito Público, nº 59/60, jul./dez., 1981.

BRUNINI, Weida Zancaner. *Da responsabilidade extracontratual da Administração Pública*. São Paulo: RT, 1981.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

BUNAZAR, Maurício. *Taxonomia da sanção civil: para uma caracterização do objeto da responsabilidade civil*. In Revista Juris da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado, V. 5, Janeiro/Junho, São Paulo: FAAP, 2010.

BUSTO LAGO, J. M. *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas*. In Tratado de responsabilidade civil. Luis Fernando Reglero Campos (Coordenador), Navarra: Editorial Aranzadi, 2006.

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas – Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *O novo regime de responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas pelo exercício da função administrativa*. Disponível em: [https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/6encontroscsm\\_carloscadilha2.pdf](https://www.csm.org.pt/ficheiros/eventos/6encontroscsm_carloscadilha2.pdf) Acesso em: 27.05.2015.

CAETANO, Marcello. *Lições de História do Direito Português*. Coimbra: Coimbra editora, 1962.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2005.

CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

CAETANO, Marcelo. *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. 6. Ed. Lisboa: Coimbra Editora, 1972.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Introducción al derecho constitucional*. 3ª edición. Madrid: Tecnos, 2014.

CALVÃO Filipa. *Artigo 1º - Âmbito de aplicação*. In Comentário ao Regime de responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

CALVÃO, Filipa Urbano. *Princípio da Eficiência*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano VII.

CAMMEO, Federico. *Le manifestazioni della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*. In *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*. Vol. III, Milano: Società Editrice Libreria, 1907.

CANAS, Vitalino. *Proporcionalidade (Princípio da)*. In Dicionário Jurídico da Administração Pública. 6º vol. Lisboa: DJAP, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Vol. I, 4ª edição (reimpressão), Coimbra Editora, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador (Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas)*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. 16ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Jurisdição Constitucional e Intranquilidade Discursiva*. In *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Volume I. Organização: Jorge Miranda, Coimbra: Ed. Coimbra, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1976.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Princípios – entre a sabedoria e a aprendizagem*. In *Estudos Em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Boletim da Faculdade de Direito. *Stvdia Ivridica*, 90. Vol. I. Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa – Anotada*. Vol. I, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das Leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves, 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris - Editores, 1992.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. Reimpressão 2002.
- CARBONELL, Eloísa. MUGA, José Luis. *Agencias y Procedimiento Administrativo em Estados Unidos de América*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo*, Madri: Editorial Trotta, 2003.
- CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli*. In *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Org. Miguel Carbonell e Pedro Salazar, Madrid: Trotta, 2005.
- CARPENA, Heloisa. *Abuso de direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *A deslegalização no poder normativo das agências reguladoras*. In *Interesse Público*. Revista Bimestral de Direito Público. Ano 7. Nº 35, Porto Alegre: Notadez Informação, janeiro/fevereiro 2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª ed., São Paulo: Atlas, 2015.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Responsabilidade Civil das Pessoas de Direito Privado Prestadoras de Serviços Públicos*. In *Responsabilidade Civil do Estado*. Juarez Freitas (organizador). São Paulo: Malheiros, 2006.
- CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.
- CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. 2 Ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- CASSETTA, Elio. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Tredicesima Edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2011.

- CASSESE, Sabino. *La Globalización Jurídica*. In Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid: Marcial Pons, 2006.
- CASSESE, Sabino; CAROTTI, Bruno; CASINI, Lorenzo; CAVALIERI, Eleonora; MACDONALD, Euan. *Global Administrative Law: The Casebook*. Third Edition, New York: IRPA-IILJ, 2012.
- CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução Roneide Venâncio Majer. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003.
- CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade Civil do Estado*. Tomo II. Rio de Janeiro: Borsóí, 1956.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CHAPUS, René. *Droit Administratif Général* Tome I. 12ª ed. Paris: Montchrestien, 1998.
- CHAPUS, René. *Droit du contentieux administrative*. Paris: Montchrestien, coll. Domat droit public, mars 2008.
- CHAPUS, René. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, t. 8. Paris: LGDJ, t. 8, 1953.
- CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*. Fourth Edition. New York: Wolters Kluwer, 2011.
- CHEVALLIER, Jacques. *L'Etat de droit*. Paris: Montchrestien, 1992.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.
- CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à Teoria Geral da Administração*, 4ª Edição, São Paulo: McGraw Hill, 1993.
- CHITI, Edoardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio. *Global Administrative Law and EU Administrative Law: Relationships, Legal Issues and Comparison*, New York: Springer, 2011.
- CLÉRICO, Laura. *Verhältnismässigkeitsgrundsatz und Untermassverbot in Sieckmann*, Jan-R (org.). Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Baden-Baden: Nomos. 2007.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CONSTANTINESCO, V.; PIERRÉ-CAPS, S. *Droit constitutionnel*. Coll. «Thémis», Paris: PUF, 2011.
- COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Constitutional Limitations*. Boston: Little, Brow, and Company, 1890.

- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português*, v. I, Parte geral, tomo I. Coimbra: Almedina, 2007.
- CORREIA, Fernando Alves. *Alguns Conceitos de Direito Administrativo*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2001.
- CORREIA, Fernando Alves. *Direito Constitucional – A Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2001.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.
- CORTEZ, Margarida. *A responsabilidade civil da Administração por omissões*. In *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 40 (julho/agosto), 2003.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. 12ª ed., Coimbra: Almedina, 2011.
- COUTO, Claudio. ARANTES, Rogério B. *Constituição, governo e democracia no Brasil*. Revista Brasileira de Ciências Sociais; Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais. Vol. 21. Nº 61. São Paulo, 2006.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. 2. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CRISAFULLI, Vezio, *Efficacia delle Norme Costituzionali Programmatiche*. In *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, nº 1, Milão: Giuffrè, 1951.
- CRISAFULLI, Vezio. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano: Giuffrè, 1952.
- CRUZ, Sebastião. *Direito Romano (Ius Romanum)*. 4. Edição. Coimbra: Editora Coimbra, 1984.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. Salvador: Ed. jusPODIVM, 2015.
- CUNHA JUNIOR, Dirley. *O Controle de Constitucionalidade na França e as alterações advindas da Reforma Constitucional de 23 de julho de 2008*. Disponível em: [http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/O\\_Control\\_de\\_Constitucionalidade\\_na\\_Franca\\_e\\_as\\_Alteracoes\\_advindas\\_da\\_Reforma\\_Constitucional\\_de\\_23\\_de\\_julho\\_de\\_2008.pdf](http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/O_Control_de_Constitucionalidade_na_Franca_e_as_Alteracoes_advindas_da_Reforma_Constitucional_de_23_de_julho_de_2008.pdf) Acesso em 07.04.2015.
- D’ALESSIO, F. *Instituzioni di Diritto Amministrativo*, T. I, Torino: UTET, 1932.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Desvio do Poder na Anulação do Ato Administrativo*. Instituto de Direito Público da Bahia. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Nº 7 – julho/agosto/setembro, 2006. Disp. <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/adilson-abreu-dallari/desvio-de-poder-na-anulacao-de-ato-administrativo> Acesso: 01.03.2017.

- DALLARI, Adilson Abreu. *Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas*. In Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- DANTAS, Ivo. *Direito comparado como ciência*. Revista de Informação Legislativa, n. 34. Brasília: Senado Federal, 1997.
- DANTAS, Ivo. *O valor da constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.
- DAVIS, Kenneth Culp. *Administrative Law and Government*, 2<sup>nd</sup> Ed. St. Paul West Publishing Co., 1975.
- DAVIS, Kenneth Culp. *Administrative Law Treatise*. San Diego: Calif, 1978.
- DEFFIGIER, Clotilde. *L'obligation por le gouvernement de prendre les règlements d'application de La loi litoral*. RFDA, 2003.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de António José Brandão. 2<sup>a</sup> ed. Vol. II, Coimbra: Arménio Amado, 1972.
- DELEO, John D. Jr. *Administrative Law*. Clifton Park, New York: Delmar, Cengage Learning, 2009.
- DELGADO, José Augusto. *O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988*. In BDA – Boletim de Direito Administrativo – Maio 1992.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 2015.
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 12<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.
- DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*. 2<sup>a</sup> Edição. Coimbra: Almedina, 2011.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas em el derecho comparado europeo*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 21, nº 61, Enero-abril, 2001
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*, v. 7, 24<sup>a</sup> Ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- DOBROWOLSKI, Sílvio. *Os meios jurisdicionais para conferir eficácia às normas constitucionais*. Revista dos Tribunais, n. 643, maio de 1989.
- DRIVER C. *Regulatory precision, Making regulatory policy*. Hawkins K, Thomas J, editors. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press; 1989.
- DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.
- DUARTE, Maria Luísa. *A cidadania da união e a responsabilidade do Estado, por violação do Direito Comunitário*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1994.
- DUEZ, Paul. *La Responsabilité de la Puissance Publique (Em Dehors du Contract)*. Paris: Dalloz, 1938.

- DUGUIT, *Les transformations du droit public*. Paris: 1913.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002;
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, 17<sup>a</sup> ed., Massachusetts: Harvard University Press, 1999.
- EISNER, Marc A. *Regulatory politics in transition*. Baltimore, Maryland: The Johns Hopkins University Press, 1993.
- EMBED IRUJO, Antonio. *Potestad Reglamentaria*. In Revista Vasca de Administracion Publica. N° 29, 1991, p. 83.
- ENGISCH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. Tradução: MACHADO, J. Baptista. Título em português: Introdução ao Pensamento Jurídico, 6<sup>a</sup> ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. *El recurso por omisión ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, Madrid: Civitas, 1993.
- ESTEVES, Bruna de Bem. *O que mudou no entendimento do STF sobre os efeitos do mandado de injunção?* In Jurisdição Constitucional no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999.
- EWALD, François. *Responsabilité – Solidarité – Sécurité: La crise de la Responsabilité en France à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*. In Responsabilité Civile Approfondie. V. 1, Louvain-La-Neuve: UCL, 1996.
- FACCHINI NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil no novo código*. In O novo código civil e a constituição. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003,
- FAGUNDES, M. Seabra. *Responsabilidade do Estado – Indenização por retardada decisão administrativa*. In Revista de Direito Público 57-58.
- FALZONI, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1953.
- FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro. *Do Direito das Obrigações*, vol. I, Coimbra: Almedina, 1990.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GARRIDO FALA, F. *La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado*. Revista de Administración Pública, N° 119, 1989, pp. 10-11.
- FAVOREU, Louis. *El bloque de constitucionalidad*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n° 04, Enero/marzo, 1990.
- FAVOREU, Louis. *Le Conseil Constitutionnel, régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics*, RD publ., 1987.
- FAVOREU, Louis. *Le Domaine de la Loi et du Règlement*. Aix-em-Provence: Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1981.
- FAVOREU, Louis. *Les Cours Constitutionnelles*. 3<sup>a</sup> ed., Paris: PUF, 1996.
- FAVOREU, Louis. *Lés règlements autonomes n'existent pas, RFDA*, septembre-octobre 1987, pp. 871-884.

- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?* Inconstitucionalidad por omisión, Bogotá: Temis, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. *A soberania do mundo moderno*. Tradução: Carlo Coccioli e Francisco Lauria. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: o poder congressional de sustar atos normativos do poder executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade*. Revista de Informação Legislativa. Ano 36, nº 142 abr/jun, Brasília: 1999.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- FERRAZ, Luciano. *Responsabilidade do Estado por omissão legislativa – o caso do art. 37, X, da Constituição da República*. In Responsabilidade Civil do Estado (Organizador: Juarez Freitas), 2006.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Poder Constituinte*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FERREIRA, Daniel. *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Contornos Gerais e Controvérsias*. In Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos (Coordenação: Alexandre Dartanhan de Mello Guerra, Luis Manuel Fonseca Pires e Marcelo Benacchio). São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 5. ed., São Paulo: RT, 1971.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Angela. *La incidencia positiva del Tribunal Constitucional em el Poder Legislativo*. Revista de Estudios Políticos, nº 81, Julio-Septiembre, 1993.
- FLEINER, Fritz. *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*. J.C.B. Mohr, 1911.
- FLETCHER, George P. and SHEPPARD, Steve. *American Law – in a Global Context*, New York: Oxford University Press, 2005.
- FRADA, Manuel António de C. P. Carneiro da. *Uma terceira via no direito da responsabilidade civil?* Coimbra: Almedina, 1997.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação administrativa na Lei Federal nº 9.784/99*, RDA, julho-setembro 2001, nº 225, p. 242.



- FREITAS, 2004, Juarez. *O Controle dos Atos administrativos e os Princípios Fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FREITAS, Juarez. *Princípio da moralidade administrativa*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, nº 170, abr. 2015.
- FREITAS, Juarez. *Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de inoperância*. In Responsabilidade Civil do Estado. Juarez Freitas (organizador). São Paulo: Malheiros, 2006.
- FUNK, William F.; SEAMON, Richard. H. *Administrative Law*. Third Edition. New York: Aspen Publishers, 2009.
- GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Responsabilidade civil do Estado, faute du service e o princípio constitucional da eficiência administrativa*. In: GUERRA, Alexandre D. de Mello et al. (Orgs.). Responsabilidade Civil do Estado: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. Vol. 3, 10ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GALLI, Rocco. *Corso di Diritto Amministrativo*. 2. Ed. Padova: CEDAM, 1996.
- GANDINI, João Agnaldo Donizetti. *Responsabilidade do Estado em caso de Falência do Concessionário*. São Paulo: Minelli 2003.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Direito Administrativo*, v. I, revisor técnico: Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: RT, 2014.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, Decimoquinta Edición. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2011.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Legislación delegada, potestade reglamentaria y control judicial*. Madri: Civitas, 1988.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Hacia una Nueva Justicia Administrativa*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1992.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. 2. ed. Madrid: Ed. Civitas, 1982.
- GARCÍA MACHO, Ricardo. *Reserva de ley y potestad reglamentaria*. Barcelona: Editorial Ariel, 1988.
- GARCIA, Emerson. *A moralidade administrativa e sua densificação*. In Revista de Informação Legislativa. Ano 39 – nº 155 (julho/setembro 2002), Brasília: Senado Federal.
- GARCIA, Emerson. *O nepotismo*. JAM Jurídica, Salvador, ano 11, n. 4, p. 1-9, abr. 2006.
- GARRIDO FALA, F. *La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado*. Revista de Administración Pública, Nº 119, 1989.
- GARRIDO FALA, Fernando. *Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa*, In Revista Española de Derecho Administrativo, nº 94, abril-junio 1997.

- GARRIDO FALA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto; LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. II. Parte General: Conclusión. Duodécima Edición. Madrid: Tecnos, 2006.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *Comentarios a la Constitución*. 3ª ed. Madrid: S. L. Civitas Ediciones, 2001.
- GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto; LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. 1. Parte General. Decimocuarta Edición. Madrid: Tecnos, 2005.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GAUDEMET, Yves. *Droit Administratif*. 18e édition. Paris: LGDJ, 2005.
- GELLHORN, Walter; et. al. *Gellhorn and Byse's Administrative Law – Cases and comments*. Westbury (N.Y.): The Foundation Press, 1995.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. São Paulo: Manole, 2004.
- GODOY, Arnaldo Sampaio Moraes. *Direito Constitucional Comparado*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- GOMES, Ana Cláudia Nascimento. *O Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais pela Autoridade Administrativa no Direito Português e no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- GOMES, Carla Amado. *Textos dispersos sobre direito da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas*. Lisboa: AAFDL, 2010.
- GOMES, Lu. *O fabuloso Stanislaw Ponte Preta*. Disponível em: <http://brasileiros.com.br/2008/08/o-fabuloso-stanislaw-ponte-preta/> Acesso em: 05.06.2015.
- GÓMEZ DE MERCADO, Francisco García. *Responsabilidad patrimonial de la Administración*. Granada: Editorial Comares, 2009.
- GÓMEZ, J. Miguel Lobato. *O código bicentenário*. Revista da EMERJ, v. 7, n. 26, Abril/Maio/junho, Rio de Janeiro: 2004.
- GÓMEZ, Maria Pilar Ochoa. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y el fenómeno urbano*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 2005.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Volume IV, Coimbra: Editora Coimbra, 1932.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*. Volume XII, Coimbra: Coimbra Editora, 1937.
- GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*. Reimpressão da Edição de outubro/2005. Coimbra: Almedina, 2008.
- GONZÁLEZ SALINAS, Jesús. *Notas sobre alguns de los puntos de referencia entre ley, reglamento y acto administrativo*. In Revista de Administracion Publica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Parte General. México: Editorial Porrúa, 2004.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional*. v. I, Coimbra: Almedina, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *Equidade, Razoabilidade, proporcionalidade e princípio da moralidade*. In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, vol. 1, nº 3, Porto Alegre, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRECO, Giuseppe. *I Regolamenti Amministrativi*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- GUASTINI, R. *La costituzionalizzazione dell'ordinamento italiano*. R. P., nº 11, 1998.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, dignidade humana e princípio da proporcionalidade*. In Direito Constitucional Contemporâneo – Homenagem ao Professor Michel Temer. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2012.
- GUERRA, Alexandre Dartanham de Mello. *Hipóteses de Não Incidência de Responsabilidade Civil do Estado*. In Responsabilidade Civil do Estado – Desafios Contemporâneos (Coordenação: Alexandre Dartanham de Mello Guerra, Luis Manuel Fonseca Pires e Marcelo Benacchio). São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- GUIBAL, Michel. *Le retard des textes d'application des lois*. nº 4, RDP, 1974.
- GUTTERRIDGE, H. C. *El Derecho Comparado – Introducción al método comparativo en la investigación y en el estudio del derecho*. Barcelona: Artes Gráficas Rafael Salvá, 1954.
- HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Trad. de Héctor Fix-Fierro. Buenos Aires: Astrea, 2007.
- HABERMAS, J. *Sobre a legitimação pelos direitos humanos*. In: MERLE, J.; MOREIRA, L. (Org). *Direito e legitimidade* (Trad. Claudio Molz e Tito Lívio Cruz Romão). São Paulo: Landy, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. 2 Edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista (Um comentário à Constituição Americana)*. Nº LXXVIII. Tradução de Reggy Zacconi de Moraes, Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959.
- HAMMESFAHR, Robert W.; NUGENT, Lori S. *Punitive damages – a state by state guide to law and practice*. New Jersey: West, 2011.
- HANAU, Hans. *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2004.
- HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

- HARGER, M. *Reflexões iniciais sobre o princípio da eficiência*. In Revista de Direito Administrativo, nº 217, jul./set. 1999.
- HARLOW, Carol. *Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values*. Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/17/1/187/410948/Global-Administrative-Law-The-Quest-for-Principles> Acesso em: 08.04.2017.
- HART, H. L. A, *The Concept of Law*. Second Edition. New York: Oxford University Press, 1997.
- HAURIOU, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, trad. Carlos Ruiz de Castillo, 2. Ed., Madrid: Ed. Reus, 2003.
- HAURIOU, Maurice. *Précis Élémentaires de Droit Administratif*. Paris, 1926.
- HELAL, João Paulo Castiglioni. *Controle da constitucionalidade: teoria e evolução*. Curitiba: Juruá, 2006.
- HENRY-MANGUY, Brigitte. *L'obligation de légiférer en France: la sanction de l'omission législative par le Conseil Constitutionnel*, Diss. Toulouse 1, 2008.
- HERNÁNDEZ, C. Escobar. *El recurso por omisión ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Madrid: Civitas, 1993.
- HERRERA, Carlos Miguel. *La polemica Schmitt-Kelsen sobre el guardian de la Constitucion*. Revista de Estudios Políticos, n. 86, 1984.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição (die normative Kraft der Verfassung)*. (Tradução de Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade civil: circunstâncias naturalmente, legalmente e convencionalmente escusativas do dever de indenizar o dano*. Disponível em: [www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Giselda\\_excludentes.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Giselda_excludentes.doc). Acesso em: 19.01.2016.
- HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- IANNUCILLI, Loris. *Profili storici e teorici*. In: Corte Costituzionale italiana. Problemi Dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale: Quaderno predisposto in occasione della Conferenza della Corti Costituzionali europee. Vilnius 2. 7 giugno, 2008.
- IRUJO, Antonio Embid. *Potestad Reglamentaria*, in Revista Vasca de Administracion Publica. Nº 29, 1991.
- JAFFE, Louis L. *Talks on American Law*. Washington: Voice of America, 1973.
- JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Traducción de la segunda edición alemana y prólogo por Fernando de los Ríos, catedrático de la Universidad de Granada; Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.
- JIMÉNEZ CAMPO, J. *Derechos fundamentales (concepto y garantías)*. Madrid: Trotta, 1999.

- JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Traduzido por Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.
- JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 1999.
- JOSSERAND, Louis. *Evolução da Responsabilidade Civil*. In Revista Forense, vol. 86, Rio de Janeiro, ano 38, abril de 1941.
- JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la Responsabilité Civile* Paris: Éditions Dalloz, 5<sup>a</sup> edition, 2000.
- JOUVENEL, Bertrand de. *Sur L'Evolution des Formes de Gouvernement*, Paris: Librairie Hachette, 1972.
- JÚNIOR CRETELLA, José. *Curso de Direito Administrativo*. 18<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- JUSTO, António Santos. *As acciones do dano aquiliano, nas actas do VII Congreso Internacional y X iberoamericano de derecho Romano. El derecho penal: de Roma al derecho actual*. Madrid: Edisofer, S.L., 2005.
- JUSTO, António Santos. *Direito Privado Romano I (Parte geral)*. 3. Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- JUSTO, António Santos. *Direito Privado Romano II (Direito das Obrigações)*. 3. Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris – Editores, 1986.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- KERWIN, Cornelius M. *Rulemaking: How Government Agencies Write Law and Make Policy*, 4th ed. Washington: CQ Press, 1999.
- KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. *The Emergence of Global Administrative Law*. v. 68 Law and Contemporary Problems 15, 2005, Disp. <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1361&context=lcp> Acesso em: 06.01.2016.
- KREBS, Walter. *Freiheitsschutz durch Grundrechte*, in JURA, 1988.
- KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. *Introdução: governança global e direito administrativo global na ordem legal internacional*. In RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 261, set./dez. 2012.

- KUUSIKKO, Kirsi. *Advice, good administration and legitimate expectations: some comparative aspects*. In *European Public Law*, vol. 7, nº 3, 2007.
- LAFERRIÈRE, Edouard. *Traité de la juridiction Administrative et des recours contentieux*, vol. II, Berger-Levrault, 1887-1888 (Réimpression, LGDJ, 1989).
- LANDI, Guido e POTENZA, Giuseppe. *Manuale de Diritto Amministrativo*. Milão: Giufrè Ed., 1978.
- LARENZ, Karl. *Derecho das Obligaciones*, t. I, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1985.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 1ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumem Juris, 2001.
- LAUBADERE, A. de; VENEZIA, J. C.; GAUDEMET, Y. *Droit administratif*, 16ème éd., Paris: LGDJ., 1999.
- LAUBADÈRE, André de. *Manuel de Droit Administratif*. Onzième Édition, Paris: LGDJ, 1978.
- LAZARI, A. *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*. Torino: Giappichelli, 2005.
- LEISNER, W. *L'Etat de droit. Une Contradiction?* Mélanges Eisenman, Cujas, 1977.
- LEITÃO, Luís Manuel T. de Menezes. *Direito das Obrigações*, Vol. I, 2ª Ed., Coimbra: Almedina, 2013.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 19ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012.
- LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2ª edição revista e atualizada pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: RT, 1997.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo brasileiro: parte geral e parte especial*. 2ª edição. Porto Alegre: Globo, 1939.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1979.
- LOMBA, Pedro. *Teoria da Responsabilidade Política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- LONGOBARDI, Nino. *Autirità Amministrative Independenti e Sistema Giuridico-Instituzionale. Seconda Edizione*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2009.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 2º vol., 6ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.
- LOPES, Othon de Azevedo. *Horizontes, Teoria e Linguagem da Responsabilidade Jurídica*. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2003.

LOPES, Teresa Ancona. *Principais linhas da responsabilidade civil no direito brasileiro contemporâneo*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 101, jan./dez. 2006.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 133-134; LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

LOUREIRO, J. C. *Adeus ao estado social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

LOURENÇO, Paula Meira. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006.

LUBBERS, Jeffrey S. *A guide do Federal Agency Rulemaking*. Fourth Edition, ABA Book Publishing, 2012.

LUIS BREY, José, et al. *Derecho Constitucional de España – Sistema de la Constitución de 1978*, Madrid: Editorial Universitas, 2006.

MACHO, Ricardo García. *Reserva de ley y potestad reglamentaria*. Barcelona: Editorial Ariel, 1988.

MACIEIRINHA, Tiago. *Avaliar a avaliação custo-benefício: um olhar sobre a concepção francesa do princípio da proporcionalidade*. Revista Duc In Altum – Caderno de Direito, vol. 5, nº 7, jan-jun. 2013.

MALBERG, Carré de. *Contribution à la Théorie Générale de L'État*, T. I, Paris: Sirey, 1920.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: RT, 2000.

MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho Administrativo*. 26ª Edición. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007.

MARTÍN REBOLLO, Luis. *Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: un balance y três reflexiones*. In Revista de Administración Pública, Núm. 150, Septiembre-diciembre, 1999.

MARTÍN REBOLLO, Luis. *La responsabilidad patrimonial de la Administración en el panorama europeo*, Reda 24, 1980.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. *La Responsabilidad Civil*. 3ª Edición. Madrid: Colex, 2000.

MARTINS, Augusto Henrique Werneck. *Reflexões acerca do poder regulamentar – propostas à constituinte*, Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Nº 40, 1988.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei 9868, de 10-11-1999*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MATEO, Ramón Martín. *Manual de Derecho Administrativo*. 21. Ed. Madrid: Trivium, 2002.

- MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel. *Droit constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.
- MATOS, André Salgado de. *A Fiscalização Administrativa da Constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2004.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1933.
- MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Tomo I, parte general. Buenos Aires: Depalma, 1949.
- MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Tomo IV, parte especial, 2ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1982.
- MAZEAUD et MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, vol. I, Paris: Montchrestien, 1955.
- MAZEAUD, Henri et Léon; TUNC, André. *Traité Théorique et Patrique de la Responsabilité Civil*. Tome Premier. Cinquième Édition. Paris: Éditions Montchrestien, 1957.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 18ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 19ª Edição. São Paulo: RT, 2015.
- MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade - Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.
- MEDEIROS, Rui. *Ensaio sobre a responsabilidade civil do Estado por actos legislativos*. Coimbra: Almedina, 1992.
- MEILÁN GIL, José Luis. *El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: una revisión doctrinal*. In Revista de Direito Administrativo & Constitucional, ano 14, n. 58, out./dez., Belo Horizonte, 2014.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 356.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O controle judicial dos atos administrativos*. In Revista de Direito Administrativo – RDA, 152:1-15, Rio de Janeiro, abr./jun. 1983.
- MELLO, Vanessa Vieira de. *Regime Jurídico da Competência Regulamentar*. São Paulo: Dialética, 2001.



- MELO, Barbosa de. *Sobre o problema da competência para assentar*, polic., Coimbra, 1988.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade - Aspectos políticos e Jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *O mandado de Injunção e a Necessidade de sua Regulação Legislativa*. In Mandado de Injunção – Estudos sobre sua regulamentação. São Paulo: Saraiva, 2013,
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MENÉNDEZ, Ignacio Villaverde. *La inconstitucionalidade por omisión*. Madrid: MacGraw-Hill, 1997.
- MERCADO, Francisco García Gómez de. *Responsabilidad patrimonial de la Administración*. Granada: Editorial Comares, 2009.
- MESQUITA, Maria José Rangel de. *Da Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração no Ordenamento Jurídico-Constitucional Vigente*. In Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública, 2ª ed. Coordenação de Fausto de Quadros, Coimbra: Almedina, 2004.
- MESQUITA, Maria José Rangel de. *O regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas e o direito da união Europeia*. Coimbra: Almedina, 2009.
- MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas, 2002.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado. Parte geral. Tomo V. Atualização: Vilson Rodrigues Alves. 1ª Edição*. Campinas: Bookseller, 2000.
- MIRANDA, Jorge. *A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão*. Revista Direito e Liberdade. ESMARN. Vol. 14, nº 1, pp. 09-38 – jan/jun 2012.
- MIRANDA, Jorge. *A responsabilidade civil do Estado, a Constituição e a Lei nº 67/2007 (Portugal)*. In Revista Brasileira de Direito Comparado, Nº 36. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2010.
- MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3 ed. Tomo V. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 2ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1988.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 6ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 5ª edição, Coimbra: Almedina, 2012.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo VI. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. Coimbra: Ed. Coimbra, 2001.

- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Tomo I, 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1960.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1 de 1969*. Tomo III, Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral, Tomo II, 3ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.
- MODESTO, Paulo. *Notas para um debate sobre o princípio da eficiência*. In Revista do Serviço Público, Ano 51, Nº 2, Abr-Jun 2000.
- MOLFESSIS, Nicolas. *L'irrigation du droit par les décisions du Conseil Constitutionnel*. Pouvoirs 2003/2 (nº 105).
- MONCADA, Luís Cabral de. *A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006.
- MONCADA, Luís S Cabral de. *Lei e Regulamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *A relação jurídica administrativa*. Coimbra Editora, 2009.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com fundamento em Invalidez*. Contributo para a Teoria dos Regulamentos. Coimbra: Almedina, 2012.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A titularidade do poder regulamentar no Direito Administrativo português*, in Boletim da Faculdade de Direito, V. LXXX, Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2004.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito Administrativo: Textos e Casos Práticos Resolvidos*. Coimbra: Almedina, 2012.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Direito Administrativo: Textos e Casos Práticos Resolvidos*. Coimbra: Almedina, 2015.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Estudos sobre os Regulamentos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 2013.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O Administrative Constitutionalism: resgatar a Constituição para a Administração Pública*, in estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Volume IV. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- Moniz, Ana Raquel Gonçalves. *Responsabilidade Civil Extracontratual por Danos Resultantes da Prestação de Cuidados de Saúde em Estabelecimentos Públicos – O Acesso à Justiça Administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *The rulemaking power of Administrative agencies: crisis of legality, rule of law, and democracy*, 2014. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2420561](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2420561)
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *O controlo judicial do exercício do poder regulamentar*. In Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXII, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2006.

- Moniz, Ana Raquel Gonaçalves Moniz. *O Controlo Judicial do Exercício do Poder Regulamentar no Código de Processo nos Tribunais Administrativos Revisto*. In Comentários à Revisão do ETAF e do CPTA, Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2016.
- MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *Os regulamentos administrativos na revisão do Código do Procedimento Administrativo*. In *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 100, Julho/Agosto, 2013.
- MONTEIRO, Jorge F. Sinde. *Responsabilidade civil*. In *Revista de Direito e Economia* 4. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1978.
- MONTEIRO, Jorge F. Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*. Coimbra: Almedina, 1989.
- MONTEIRO, Jorge F. Sinde. *Rudimentos da Responsabilidade Civil*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano I – 2005.
- MONTEIRO, Vera. *Princípio da Legalidade e os poderes normativo e regulamentar da Administração Pública*, in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE* Ano 5, nº 20, Outubro/Dezembro, 2007.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*. 2ª Ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed., São Paulo: Atlas, 2008.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. In: *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana*. São Paulo: Renovar, 2003.
- MORAIS, C. Blanco de. *Fiscalização da constitucionalidade e garantia dos direitos fundamentais*. *Revista Direito Mackenzie*, ano 3, nº 2, 2002.
- MORAIS, C. Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo I, Coimbra Editora, 2006.
- MORAIS, C. Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo II. Coimbra Editora, 2005.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif*. 6ª Ed., Paris: Montchrestien, 1999.
- MOREAU, J. *La responsabilité administrative*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório (introdução de Luís Roberto Barroso)*. São Paulo: Renovar, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Moralidade Administrativa: do Conceito à Efetivação*. In: *Revista de Direito Administrativo - 190*. Rio de Janeiro: Renovar. out./dez. 1992.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MOREIRA, Vital. *O Tribunal Constitucional Português: a “Fiscalização Concreta” no Quadro de um Sistema Misto de Justiça Constitucional*. *Direito Público*, nº 3, Jan-Fev-Mar, 2004.

MUCHLINSKI, Peter Thomas. *Globalisation and Legal Research*. In *The International Lawyer*, Vol. 37, nº 01, 2003.

MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NABAIS, José Casalta. *Responsabilidade civil da administração fiscal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*, v. 7. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NAVAS, Francisco José Sospedra. *Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales*. Pamplona: Thomson Reuters, 2011.

NEGRI, Antonio. *O poder constituinte – ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2002.

NEVES, A. Castanheira. *A Revolução e o Direito*. Lisboa, 1976.

NEVES, A. Castanheira. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003.

NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: 1983.

NEVES, António Castanheira. *A Revolução e o Direito*. Lisboa, 1976.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

NIETO, A. *La relación de causalidad em la responsabilidad administrativa*. In *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 51, Madrid: 1986.

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

NORONHA, Fernando. *O nexo de causalidade na responsabilidade civil*, In *Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC*, Vol. 15.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. Vol. I, 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra Editora, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2.ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

OCHOA GÓMEZ, Maria Pilar. *La responsabilidade patrimonial de la Administración Pública y el fenómeno urbano*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 2005.

- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Responsabilidade civil do Estado: reflexões a partir do direito fundamental à boa Administração Pública*. In Revista dos Tribunais: RT, v. 97, n. 876, São Paulo, out. 2008.
- OLIVER, Richard. *What is Transparency?* New York: McGraw Hill, 2004.
- ORTIZ, Gaspar Ariño. *Regulación Económica y Modelo de Administración*. In Administración Instrumental – Libro Homenaje a Manuel Clavero Arévalo, Vol. I. Madrid: Civitas, 1994, p. 62.
- OSSENBÜHL, Fritz. *Der verfassungsrechtliche Rahmen offener Gesetzgebung und konkretisierender Rechtsetzung*. In: *Deutsches Verwaltungsblatt*. Heft 1. 1999.
- OSSENBÜHL, Fritz. *Gesetz und Verordnung im gegenwärtigen Staatsrecht*. In *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 4/97.
- OTERO, Paulo. *A Fiscalização da Constitucionalidade em Portugal*. Cadernos de Direito, nº 5 (8-9), jan/dez, 2005.
- OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Vol. I, Coimbra: Almedina, 2009.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2007.
- OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*. Volume I, Coimbra: Almedina, 2016.
- OTERO, Paulo. *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*, Coimbra, 1998.
- PACTET, Pierre; MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand. *Droit Constitutionnel*. 23<sup>a</sup> ed. Paris: Éditions Dalloz, 2004.
- PAGE, Henri de. *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 2, 3<sup>a</sup> ed., Bruxelles: Bruylant, 1964.
- PALADIN, Livio. *Diritto Costituzionale*. Padova: CEDAM, 1998.
- PALAZZO, José Luis. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Buenos Aires: Depalma, 1995.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de Direito civil – Responsabilidade civil*, Vol. III. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *Los anteojos del civilista: Hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*. In Documentación Administrativa – DA, nº 237-238 (enero-junio 1994). Disponível em: <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=5354&path%5B%5D=5408> Acesso em: 11 de janeiro de 2017.
- PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I*. Parte General. Decimosexta Edición, Barcelona: Marcial Pons, 2007.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. *Eficacia y administración: tres estudios*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1995.
- PECK, Cornelius. *The Atrophied Rulemaking Powers of the National Relations Board*. Yale Law Journal, 70, 1967.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Da reforma administrativa constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. I, 24ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Gestão do setor público; estratégia e estrutura para um novo Estado*. In Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. (Orgs.) PEREIRA, Luiz Carlos Bresser et al. Rio de Janeiro: FGV, 1998, pp. 25-27.

PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. 14ª edición, Madrid: Marcial Pons, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2003.

PICHT, Georg. *Der Begriff der Verantwortung*. In Wahrheit. Vernunft. Verantwortung. Philosophische Studien, Stuttgart: Klett-Cotta, 1996.

PIERCE JR, Richard J. *Administrative Law*. Nova York: Foundation Press, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

POUYAUD, Dominique. *Lés décrets réglementaires du Président de la République*. RFDA, n° 1, janvier-février 1993.

PROSSER, William L.; WADE, John W.; SCHWARTZ, Victor E. *Torts cases and materials*. New York: Foundation Press, 2010.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PUENTE, Marcos Gómez. *La Inactividad de la Administración*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1997.

PUENTE, Marcos Gómez. *Responsabilidad por inactividad de la Administración*. In Documentación Administrativa – DA, n.º 237-238 (enero-junio 1994).

PUGET, Henry. *Les institutions administratives étrangères*. Paris, 1969.

PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la Administración. Hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas, 2002.

QUADROS, Fausto de. *Responsabilidade Civil Extracontratual da Administração Pública*. Coordenação de Fausto de Quadros. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2004.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo*. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar/FGV, n. 6, 1946.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Estudos de Direito Administrativo*. Coimbra: Atlântida Editora, 1968.

- QUEIRÓ, Afonso. *Teoria dos Regulamentos – 2ª parte*. Revista de Direito e de Estudos Sociais, nº 01.
- QUEIRÓ, Afonso. *Teoria dos Regulamentos*, in Estudos de Direito Público, vol. II, tomo I, Acta Universitatis Conimbrigensis, Coimbra, 2000.
- RAIMUNDO, Miguel Assis. *Os princípios no novo CPA e o princípio da boa administração, em particular*. In Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo (coord. Carla Amado Gomes, Fernanda Neves e Tiago Serrão), Lisboa: AAFDL, 2015.
- RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.
- REALE, Miguel. *Diretrizes sobre o Projeto de código civil*. In Estudos de Filosofia e Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 176.
- REALE, Miguel. *Estudos Preliminares do Código Civil*. São Paulo: RT, 2003.
- REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- REVORIO, Francisco Javier Díaz. *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas em el derecho comparado europeo*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 21, nº 61, Enero-abril, 2001.
- RIDAURA MARTÍNEZ, Josefa. *El control de constitucionalidad de la actividad parlamentaria em España*. Revista Jurídica Thomson Reuters, Año II, nº 79, Julho, 2014.
- RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. 2ª ed. Tradução de Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002.
- RIVERO, J.; WALINE, J. *Droit administratif*, 20 éd., Paris, Dalloz, 2004.
- RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.
- RIVERO, Jean. *Le Conseil Constitutionnel es les libertés*. 2ª ed., Paris: Economica, 1987.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 2. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2004.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Observações sobre a Responsabilidade Patrimonial do Estado*. Revista de Informação Legislativa, ano 28, n. 111, jul./set. Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, 1991.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: responsabilidade civil*, v. 4. 20ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime; IGNACIO HERNÁNDEZ, José. *El Derecho Administrativo Global: el espacio jurídico-administrativo ibero-americano*. Disp. <http://international.vlex.com/vid/derecho-administrativo-global-espacio-653774477?utm>

médium=email&utm source=transactional&utm campaign=mail referencia doc Acesso em: 09.04.2017

RORTY, Richard. *Esperanza o Conocimiento? Una introducción al pragmatismo*. Buenos Aires: Fundo de Cultura Econômica, 2001.

ROUSSEAU, Dominique. *Droit du contentieux constitutionnel*. 5 ed., Paris: Montchrestien, 1999.

ROUSSEAU, Dominique. *Une Réssurrection: la notion de Constitution*. *Revue du Droit Public*, nº 01, Janvier/Février, 1990.

ROUSSILLON, Henry. *Le Conseil Constitutionnel*. 3 ed. Paris: Dalloz, 1996.

RUBIO LLÓRENTE, Francisco. *El bloque de constitucionalidad*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, nº 27. Septiembre-Diciembre, 1989.

RUFFERT, Matthias; STEINECKE, Sebastian. *The Global Administrative Law of Science*. Heidelberg: Springer, 2011.

SÁ, Fátima de. *Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas*. In *As sentenças intermédias da justiça constitucional*. MORAIS, Carlos Blanco de (org.). Lisboa: AAFDL, 2009.

SALINAS, Jesús González. *Notas sobre alguns de los puntos de referencia entre ley, reglamento y acto administrativo*. In *Revista de Administracion Publica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÁNCHEZ GIL, Rúben. *El principio de proporcionalidad*. Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

SANDULLI, Aldo. *La proporzionatilà dell azione amministrativa*. Milão, 1998, p. 367.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General II*. Primera Edición. Madrid: Iustel, 2005.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen I, Cuarta edición, Madrid: Editoria Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. General I. Primera edición. Madrid: Iustel, 2004.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. *A responsabilidade civil extracontratual no Direito Romano: análise comparativa entre os requisitos exigidos pelos romanos e os elementos de responsabilidade civil atualmente existentes*. In *Direito em Ação*, Brasília, v.10, n.1, jan./jun. 2013.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso de Direito Administrativo*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.



- SANTOS, Mauro Sérgio dos. *O controle incidental de constitucionalidade e o papel do Senado Federal*. L & C – Revista de Administração Pública e Política. Nº 102 – dezembro de 2006, Brasília: Ed. Consulex.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SAURER, Johannes. *Die Funktionen der Rechtsverordnung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.
- SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Tome I. Deuxième Édition. Paris: LGDJ, 1951.
- SCHEDLER, Andreas. *Conceptualizing Accountability*. In: *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. London: Lynne Rienner Publishers, 1999.
- SCHEDLER, Andreas. *Conceptualizing Accountability*. In: *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. London: Lynne Rienner Publishers, 1999.
- SCHEUNER, U. *Das Gesetz als auftrag der verwaltung*. DÖV, 1968.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. *Cuestiones Fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo. Necesidade de la Innovación y Presupuestos Metodológicos*. In: J. Barnes (ed.), *Innovación y Reforma em el Derecho Administrativo*. Sevilla: Global Law Press, 2006.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- SCHMITT, Carl Schmitt. *Teoría de la Constitución*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1927.
- SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Trad. Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1983.
- SCHWARTZ, Bernard. *Administrative Law*. 3. Ed. Boston: Little, Brown and Company, 1991.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Trad. Carlos Nayfeld, Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- SCHWARTZ, Bernard; CORRADA, Roberto L. *American Administrative Law*. New York: Aspen Law & Business, 2001.
- SEGADO, Francisco Fernández. *La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?* Inconstitucionalidad por omisión, Bogotá: Temis, 1997.
- SEIWERTH, Jakob. *Zur Zulässigkeit de Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen*. Berlin: De Gruyter, 1962.
- SEN, Amartya. *A ideia de Justiça* (trad. de Nuno Castello-Branco Bastos). Coimbra: Almedina, 2010.

- SHAPIRO, S. *Agency Oversight as “Whac-a-mole”: The Challenge of Restricting Agency use of Nonlegislative Rules*. In Harvard Journal of Law and Public Policy, v. 37, 2014.
- SIDOU, J. M. Othon. *“Habeas Corpus”, mandado de segurança, mandado de injunção, “Habeas Data”, ação popular – as garantias ativas dos direitos coletivos*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SILVA BÁEZ, Carlos. *La omisión legislativa y su inconstitucionalidad em México*. Boletim Mexicano de Derecho Comparado, n. 105, 2002.
- SILVA, Carlos Medeiros. *O poder regulamentar no direito comparado*. Revista de Direito Administrativo, Vol. 30, 1952.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas. Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.
- SILVA, Jorge Pereira da. *Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função político-legislativa*. In Comentário ao Regime de responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular (estudos sobre a Constituição)*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. São Paulo: RT.
- SILVA, Suzana Tavares da. *O princípio (fundamental) da eficiência*. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2010, pp. 519-544.
- SILVA, Suzana Tavares da. *O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade*. In Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LXXXVIII, Tomo II (Separata). Coimbra: Universidade de Coimbra, 2012.
- SILVA, Suzana Tavares da. *Um novo Direito Administrativo?* Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.
- SILVA, Vasco Pereira da. *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, Coimbra: Almedina, 2009.
- MONTEIRO, J. F. Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*. Coimbra: Almedina, 1989.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito fundamental à razoável duração do processo judicial e administrativo*. In Seleções Jurídicas, Julho 2000, COAD.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton University Press, 2004.

- SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra, MCMLV.
- SOARES, Rogério. *Direito Administrativo – Lições da Universidade de Coimbra*. Coimbra, 1978.
- SOARES, Rogério. *O acto administrativo*. Scientia Iuridica – Separata, 1990, pp. 223-228.
- SOBRINHO, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. *Atos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- SOSPEDRA NAVAS, Francisco José. *Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales*. Pamplona: Thomson Reuters, 2011.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Direito Administrativo Geral*. Tomo III. Lisboa: D.QUIXOTE, 2007.
- SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Responsabilidade Civil Administrativa*. *Direito Administrativo Geral*. Tomo III. Alfragide: D.QUIXOTE, 2010.
- STERMAN, Sonia. *Responsabilidade do Estado*. 2ª ed. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2011.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. *A baixa constitucionalidade como obstáculo ao acesso à justiça em Terrae Brasilis*, Sequência, nº 69, July/Dec., Florianópolis, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *A concretização de direitos e a validade da tese da Constituição Dirigente em países de modernidade tardia*. In Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal. São Paulo: Renovar, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. In Revista da AJURIS, v. 32, nº 97. Porto Alegre: AJURIS, março de 2005.
- STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>> Acesso em 07.04.2015.
- STRENGER, Irineu. *Mandado de Injunção*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.
- SULLIVAN, Kathleen M.; GUNTHER, Gerald. *Constitutional Law*. Seventeenth Edition. Foundation Press, 2011.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TÁCITO, Caio. *O abuso do poder administrativo no Brasil: conceito e remédios*. Disp. em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/19392/18163> Acesso em: 01.03.2017.
- TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público (Estudos e pareceres)*. Vol. I, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

- TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.
- TELES, Inocêncio Galão. *Direito das Obrigações*. 7ª Ed., Coimbra Editora, 1997.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros. 2002.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Alguns reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil*. Revista de Processo. n. 124. São Paulo, junho/2005.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil: dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da Decadência. Da prova*. v. III, t. II (arts. 185-232), 4.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la démocratie en Amérique*, I, Éditions Gallimard, 1986.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed. Saraiva: São Paulo. 1994.
- TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*, Second Edition, Mineola, New York: The Foundation Press, Inc., 1988.
- TRUJILLO FERNÁNDEZ, Gumersindo. *Recurso de Inconstitucionalidad*. In Enciclopedia Jurídica Básica, Madrid: Civitas, 1994.
- TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2ª edição, Paris: Economica, 1989.
- TURPIN, Dominique. *Droit constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.
- URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. *Responsabilidade política e responsabilidade jurídica: baralhar para governar*, in Boletim da Ordem dos Advogados, nº 27, Julho-Agosto, 2003.
- URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional – Evolução histórica e modelos de controlo de constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2012.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). *Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá. 2009.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. *A Construção de uma Garantia Constitucional: Compreensão da Suprema Corte quanto ao Mandado de Injunção*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005.
- VARELA, Antunes. *Lições feitas ao curso do 3º ano jurídico de 1967-68*. Coimbra: Ed. Polic., 1968.
- VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. Vol. I. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- VAZ, Manuel Afonso e BOTELHO, Catarina Santos. *Comentário às disposições introdutórias da Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro*. In Comentário ao Regime de responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

- VEDEL, Georges; DEVOLVÉ, Pierre. *Droit Administratif*. 12<sup>a</sup> ed. Paris: PUF, 1992.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: contratos em espécie e responsabilidade civil*, Vol. III. São Paulo: Atlas, 2001.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 7. Edição. São Paulo: Atlas, 2007.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *A luta pelo Estado de Direito*. Tradução Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional*. Tradução: Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- VERPEAUX, Michel. *La Naissance du Pouvoir Réglementaire*. Paris: Presses Universitaires de France, 1991.
- VIANA, Cláudia. *Artigo 41º - Direito a uma boa administração*. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (Coord.). *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia comentada*. Coimbra: Almedina, 2013.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: um Ensaio sobre os Limites Materiais ao Poder de Reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La inconstitucionalidad por omision*. Madrid: MacGraw-Hill, 1997.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio. *La inconstitucionalidade por omisión de los silêncios legislativos*. In *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* nº 8, 1996.
- VILLOTA BENAVIDES, María Susana. *El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas em el contexto del Estado social de derecho*. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 42, nº 117, julio-Diciembre, Medellín, 2012.
- VINEY, Geneviève; JOURDAN, Patrice. *Les Conditions de la Responsabilité*. In *Traité de Droit Civil de Jacques Ghestin*, 3<sup>a</sup> ed. Paris: LGDJ, 2006.
- WALD, Arnold; GIANCOLI, Brunno Pandori. *Direito Civil - Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- WARREN, Kenneth F. *Administrative Law in the political system*. New Jersey: Prentice Hall, 1996.
- WEIEN, Geoffrey C. *Retroactive Rulemaking*. *Harvard Journal of Law & Public Policy*. Vol. 30.
- WELTER, Henri. *Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative: étude de doctrine et de jurisprudence*. Paris: Recueil Sirey, 1929.
- WERNER, Fritz. *Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*. In: *Recht und Gericht in unserer Zeit: Reden, Vorträge, Aufsätze 1948-1969*. Köln: Carl Heymans Verlag, 1971.
- WOLF, Hans J.; BACHOF, Otto; STOBER, Rolf. *Direito Administrativo*. Vol. I, trad. António Francisco de Souza, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2006.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Traducción y prólogo de Miguel Carbonell, Madrid: Editorial Trotta, 2005.

- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il sistema delle fonti del diritto*. Torino: UTET, 1992.
- ZANCANER, Weida. *Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, nº. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br> Acesso em: 20.01.2017.
- ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. 5ª ed., v. II, Giuffrè. 1947.
- ZANOBINI, Guido. *Sul Fondamento della inderogabilità dei regolamenti*. Rivista de Diritto Pubblico, 1917.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- ZOCKUN, Maurício. *Responsabilidade Patrimonial do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- ZOLLER, Elisabeth. *Droit constitutionnel*. 2ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.