

240      **LIMITES, POSSIBILIDADES E ALCANCE DO PODER  
REGULAMENTAR FACE O PRINCÍPIO DA  
LEGALIDADE E A REALIZAÇÃO DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

*Patrick Roberto Gasparetto\**

**Resumo:** Destina-se o presente estudo a analisar o alcance do decreto regulamentar diante do dever de se dar efetividade aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, ainda que sem prévia presença da lei. Faz-se um estudo da evolução das atividades atribuídas ao Estado para se concluir que a visão clássica da legalidade é insuficiente para atender os direitos constitucionalmente assegurados aos cidadãos. Conclui-se, então, que a Constituição oferece respaldo para uma atividade administrativa diretamente nela amparada.

**Palavras-chave:** Poder regulamentar. Legalidade. Direitos fundamentais.

**LIMITS, POSSIBILITIES AND REACH OF REGULATORY  
POWER IN THE LINE OF PRINCIPLE OF REGULATORY  
AND ACHIEVEMENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS**

**Abstract:** Intended in this study examine the reach of the legal decree in the presence of the fundamental rights constitutionally provided for, even without the presence of prior law. It is a study of the evolution of the activities assigned to the State, to conclude that the classical view of legality is insufficient to meet the guaranteed the constitutional rights to citizens. Finally, we conclude that the Constitution provides administrative support for an activity directly with her support.

**Keywords:** Regulatory power. Legality. Fundamental Rights.

\* Advogado. Especialista em Direito Administrativo (Instituto Romeu Felipe Bacellar). Especialista em Direito Penal e Processo Penal (Academia Brasileira de Direito Constitucional). Mestre em Direito Administrativo (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo). Doutorando em Direito Administrativo (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo).

Há algum tempo, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Mello afirmou que a revisão anual dos subsídios dos servidores independe de previsão legal específica, já que a Constituição Federal a prevê expressamente. Disse ainda: “[...] que prevaleça a concretude da Constituição Federal, alertados os agentes políticos sobre as graves consequências do menosprezo às regras jurídicas, do menosprezo à dignidade dos cidadãos. Somente assim, avançar-se-á culturalmente”<sup>1</sup>.

Isso não obstante o contido no art. 37, X da Constituição Federal, que prevê a necessidade de lei para a alteração da remuneração dos servidores públicos.

O presente estudo destina-se a analisar a possibilidade de garantir à Administração a atuação independente de prévia existência de lei, desde que seja forma de dar efetividade aos princípios constitucionais relacionados à dignidade da pessoa humana.

Encontra-se em choque, aqui, a robustez constitucional e o princípio da legalidade na sua concepção clássica. Diante da omissão do Legislador perante normas constitucionais de eficácia limitada, ainda assim, deve a Administração atuar? Ou a garantia a que se propõe o princípio da legalidade – no viés de evitar ato administrativo onde não haja lei – deve prevalecer sobre os valores constitucionais expressos?

Para responder tais questionamentos, indispensável se faz – a par da jurídica – uma análise sociológica de como tem agido Executivo e Legislativo.

## 2 O princípio da legalidade

O Direito Administrativo tem sua origem na França, a partir da Revolução Francesa e da consagração do Estado Liberal, no qual é inerente a legalidade como “limite a limitações”. Firma-se através de

---

<sup>1</sup> MELLO, Marco Aurélio. Revisão do salário de servidores não depende de lei. **O Globo**. 18 jun. 2011.

242 três fatores: diferenciação entre o direito regulador da Administração e o direito privado, atribuição jurisdicional ao Conselho de Estado e necessidade de equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração.

Nesse clima de mudança revolucionária, a legalidade é essencial à manutenção da nova faceta do Estado: evita a retomada do poder pelo absolutismo e protege a liberdade e o patrimônio do cidadão. Dessa forma, atribui-se ao Poder Legislativo a função de elaboração das leis a serem seguidas e aplicadas pelo Poder Executivo.

O princípio da legalidade surge aqui como forma de proteção do indivíduo frente ao Estado. A lei seria instrumento de limitação do poder e, diante disso, garantia de liberdade individual, lembrando que esta era a finalidade precípua do Estado Liberal.

Mas, desde então, já se questionava até que ponto legalidade era efetivamente limitadora, pois, na realidade, o Executivo sempre teve grande influência na formação das leis, tanto na participação dos trâmites do projeto de lei quanto através de uma atividade eminentemente legislativa. Assim, não seria correto falar de modo absoluto numa heterovinculação da Administração Pública decorrente da sobreposição do Poder Legislativo, mas sim – pelo menos em muitos casos – numa autovinculação do administrador, já que atua de modo ativo na elaboração das normas<sup>2</sup>.

O cerne do princípio, entretanto, permanece: trata-se de característica essencial do Estado de Direito. O ato administrativo deve ter como pressuposto a lei, estando o administrador a ela sujeito em todas as suas atividades, sob pena de invalidade do ato praticado e responsabilidade. Há, dessa forma, uma nítida sobrevalorização – pelo menos em tese – do Poder Legislativo sobre os demais poderes, a quem incumbe tão somente colocar em prática os mandamentos legais.

---

<sup>2</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. O autor faz um estudo profundo sobre o tema da “relatividade” da separação dos poderes, demonstrando que desde sempre o Legislativo sofreu intervenções do Executivo. No que se refere ao Brasil, veremos logo adiante.

O princípio da legalidade em sentido estrito significa que a Administração só pode agir mediante prévia determinação legal, ou seja, por um dos atos normativos previstos pela Constituição Federal em seu artigo 59. Não se pode ignorar a vinculação ao cumprimento da finalidade da lei, sob pena de permitir que sejam mascaradas arbitrariedades, verdadeiras formas de ofensa ao espírito Constitucional.

Mas também a lei carece, muitas vezes, de legitimidade constitucional. A verdade é que a letra fria da lei não basta para garantir os direitos dos cidadãos. Vê-se uma crise da lei formal, implicando erosão do princípio da legalidade a partir da segunda metade do século XX, como consequência da desvalorização da própria lei “pela perda de seu necessário conteúdo de Justiça, pela sua politização e pela sua proliferação”<sup>3</sup>.

Num Estado como o Brasil, com o notório caráter social da Constituição de 1988, é legítimo – e, sobretudo, de Direito – o exercício do poder enquanto suas ações são dirigidas no sentido de satisfação das necessidades sociais, individuais e coletivas da população. A submissão à lei como suficiente à consagração do Estado de Direito, entretanto, não pode prosperar. Exige-se mais. Exige-se que este Estado volte suas ações no sentido de efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos.

E quando aqui mencionamos Estado, a afirmação é proposital: o dever é do Estado como um todo, não somente do Legislativo ou do Executivo. Logo, parece adequada a atribuição deste dever de concretização constitucional não ser restrita ao Legislativo. Quanto mais naquelas situações em que este não se mostra apto para tanto.

## 2.1 Como é a legalidade no Brasil: relação entre executivo e legislativo

Na realidade, confunde-se a crise da legalidade com a própria imagem do Parlamento. E isso se dá por uma série de circunstâncias

<sup>3</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O princípio da legalidade. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 10, p. 03-27, 1977, p. 14.

244 que têm levado à descrença de que a lei pode ser instrumento – no caso da legalidade em sentido estrito seria o único instrumento – de melhor se atender às necessidades da população.

Celso Antônio Bandeira de Mello menciona que no governo de Fernando Henrique Cardoso, durante o período compreendido desde o início de seu mandato até agosto de 1999, o Poder Executivo havia expedido 3.239 medidas provisórias, com média de 2,8 medidas provisórias por dia útil de governo. Esse número significa 75% dos atos normativos do Estado. O Congresso Nacional cuja função típica é a elaboração de leis, no mesmo período, havia aprovado 854 leis<sup>4</sup>.

Houve subsequente mudança de Governo, mas mesmo modo de agir. Luiz Inácio Lula da Silva superou a média de diária de Fernando Henrique Cardoso, tendo chegado, no início do seu governo, a cinco medidas provisórias por dia de mandato<sup>5</sup>. Ou seja, há quase uma substituição do ato do Poder Legislativo (lei) por ato do Poder Executivo (medida provisória).

Não bastassem as medidas provisórias, vê-se grande influência do Poder Executivo sobre o Poder Legislativo.

Uma pesquisa sobre os projetos de lei apresentados e aprovados desde a redemocratização do país mostra que o Executivo sanciona os projetos de sua autoria num percentual extremamente superior aos de iniciativa do Legislativo. Entre 1985 e 2004, dos 29,6 mil projetos de lei apresentados por deputados e senadores, 983 viraram lei – um percentual de 3,3%. No mesmo período, o Executivo apresentou 1.292 projetos de lei e aprovou 734 – um percentual de 56%. Desses dados infere-se que o Executivo foi 17 vezes mais efetivo do que o Legislativo.

No início do governo Lula, apenas 24 dos 3.515 projetos de lei apresentados pelos parlamentares foram transformados em lei – um percentual de 0,68%. Já o Palácio do Planalto apresentou 40 projetos

<sup>4</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 88.

<sup>5</sup> Consoante informações obtidas junto ao site <www.planalto.gov.br>. Acesso em 02 mar.2011.

e aprovou 16 (34%). Assim, o Executivo teve uma eficiência 51 vezes maior. **245**

No caso das propostas de emendas constitucionais, fica até mesmo difícil uma comparação justa. Nos primeiros 25 anos de vigência, os congressistas apresentaram 1.723 propostas de emendas à Constituição (PECs) e aprovaram 11 (0,6%). O Executivo propôs apenas 50, mas aprovou um número maior: 19 (38%), o que indica que o Executivo foi 633 vezes mais eficaz. No início do governo Lula, quatro PECs foram propostas e duas aprovadas. Os deputados apresentaram 263 propostas nesse período, mas não aprovaram nenhuma, não admitindo uma relação matemática entre as aprovações.

No primeiro semestre de 2006, 71% das matérias aprovadas na Câmara dos Deputados (projetos de lei), propostas de emenda constitucional, projetos de resolução e medidas provisórias foram de iniciativa do Poder Executivo. No mesmo período de 2007, o índice foi ainda maior, chegando a mais de 76%<sup>6</sup>.

Não bastassem os dados que demonstram de forma cabal a grande influência do Executivo sobre o Legislativo, ainda nos deparamos com a proliferação das leis e a perda de seu necessário conteúdo axiológico, o que atinge diretamente a imagem do Parlamento. Apenas a título exemplificativo, segundo o site do Governo do Estado do Paraná, no ano de 2008 foram promulgadas 283 Leis Ordinárias, das quais 145 tratavam de declaração de utilidade pública de alguma entidade. Aleatoriamente, 35% das leis de 2011 são de declaração de utilidade pública. Aliem-se a tais normas as leis concessivas de títulos a cidadãos e a criação de dias em homenagem a determinado fato ou profissão<sup>7</sup>.

Levantamento feito pelos cientistas políticos Fernando Limongi e Argelina Figueiredo, apresentado durante o I Ciclo de Palestras sobre o Parlamento Brasileiro, aponta números preocupantes sobre a relação

<sup>6</sup> Dados obtidos junto aos sites oficiais: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> e <[www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>. Acesso em fev. 2012.

<sup>7</sup> Não estamos aqui nem desmerecendo profissão qualquer e nem desqualificando as normas que declaram de utilidade pública alguma entidade. Os dados ilustram que há um esquecimento da existência de outras necessidades constitucionais.

246 entre os poderes Executivo e Legislativo. Segundo a consultora da Câmara Ana Backes, que divulgou os dados durante os debates, 86% das leis aprovadas no País entre 1989 e 1998 originaram-se de projetos apresentados pelo Executivo, enquanto apenas 14% dos projetos de lei apresentados por parlamentares tornaram-se leis.

Esses dados deixam claro que o Poder Executivo tem “legislado” proporcionalmente mais que o Legislativo. Isso decorre, sobretudo, da influência que exerce das mais variadas formas sobre as Casas Parlamentares.

Ou seja, a crença no princípio da legalidade como suficiente a garantir o Estado de Direito não encontra amparo na ideia que fundamentou a divisão de funções: somente o poder contém o poder. É evidente, pois sim, que há abstratamente uma estrutura parlamentar hábil a controlar o Executivo. Entretanto, os dados concretos demonstram que o apego à legalidade formal não necessariamente restringe a ação da administração pública.

A lei perde a característica de representação da vontade popular, estando sujeita às maiorias parlamentares – muitas vezes formadas através de instrumentos não tão adequados, como a liberação de emendas orçamentárias, ou nomeação em cargos de alto escalão – que priorizam a representação das categorias sociais que as elegeram. Por óbvio que a vinculação legal não é o suficiente para garantir os direitos do cidadão frente à administração.

Não há, portanto, como deixar de atribuir certa razão a Paulo Otero quando afirma que a legalidade não exprime a pretendida heterovinculação da Administração<sup>8</sup>. O protagonismo da Administração Pública – seja saudável ou não – é uma realidade, restando encará-la e estabelecer instrumentos efetivos de controle.

### 3 O poder regulamentar da administração pública

Poder regulamentar é a função atribuída pela Constituição Federal (art. 84, IV)<sup>9</sup> ao Chefe do Executivo para dispor

<sup>8</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade, p. 72 e ss.

normativamente sobre medidas necessárias ao fiel cumprimento da lei, 247 estabelecendo os meios que viabilizem sua aplicação.

Saltam, desde logo, duas características inerentes ao poder regulamentar: *auxilia* e *instrumentaliza* a lei. Sua atuação é restrita ao necessário à execução da lei, quando esta demandar a atividade administrativa.

Comparando o decreto regulamentar às espécies normativas previstas pelo artigo 59 da Constituição de 1988, percebe-se que estas têm, por via de regra, fundamento direto na Carta Magna – considerados, assim, atos normativos primários, já que inovam no ordenamento jurídico – enquanto os decretos são secundários, possuindo como fundamento de validade a, justamente, tais atos primários.

A Constituição é a fonte normativa. Os atos que dela derivam diretamente e nela se fundam são primários. Os atos que não se fundam na Constituição, mas sim nos atos primários são, conseqüentemente, atos secundários. Dada a natureza destes, há, em regra, nítida submissão do poder regulamentar à lei.

Por tais razões é que afirma Geraldo Ataliba:

Não há regulamento autônomo no Brasil porque só a lei pode obrigar (§ 2o do art. 150 da Carta federal) e porque nossos decretos só existem para assegurar a fiel observância das leis (art. 83, II da Carta federal). O regulamento – no Brasil, sempre veiculado por

---

<sup>9</sup> O estudo restringe-se à análise do poder regulamentar previsto no art. 84, IV, considerando que o decreto inserido pela Emenda Constitucional n. 32/2001 (art. 84, VI da CF) não trata propriamente de regulamentação de lei que aqui se aborda, mas tão somente de organização administrativa. Reconhece-se que vozes autorizadas da doutrina tenham passado a admitir a existência de regulamento autônomo a partir de então, *v.g.*, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 91. No entanto, o conteúdo do regulamento autônomo que a parcela minoritária da doutrina defende a existência, não se confunde com a mera organização administrativa, admitindo efetiva criação e modificação de direitos.

Decreto – é inteiramente subordinado à lei, tanto positiva, quanto negativamente. Não pode restringi-la, da mesma forma que não lhe é dado ampliá-la. A compreensão de seu regime jurídico, entre nós, decorre da conceituação e dos limites do poder regulamentar.<sup>10</sup>

Na forma prevista pelo art. 84, IV da Constituição Federal, decretos e regulamentos são atos administrativos em sentido amplo – provenientes do Chefe do Executivo – de caráter normativo e com finalidade de dar adequada aplicação às leis. Há normas aprovadas pelo Legislativo que não são autoexecutórias, sobretudo em virtude de suas características de abstração e generalidade que, por vezes, demandam especificações atribuíveis ao Executivo.

Desta forma, faz-se imprescindível a edição de regulamentos que estabeleçam meios de viabilizar execução isonômica da norma. Isso fica a cargo daquele poder a quem incumbe concretizar o direito posto, mesmo porque entendimento diverso poderia levar ao equívoco de transformar em concreta e específica uma lei, o que implicaria usurpação da competência do Executivo, já que deve ser a este reconhecida uma esfera de interpretação na aplicação da norma: “O legislador para se manter tal, tem, pois, que deixar à Administração uma certa margem de discricionariedade. Pode, sim, fazê-la desaparecer, mas para isso tem de sacrificar... a sua própria condição de legislador”<sup>11</sup>.

E pela circunstância – perceptível de plano – de serem atos hierarquicamente inferiores à lei, não podem os regulamentos restringir ou ampliar o alcance das disposições normativas, sob pena de vício de ilegalidade. Aliás, somente terão validade se amparado – pelo menos nesta visão introdutória que se faz – naquele ato normativo primário.

<sup>10</sup> ATALIBA, Geraldo. Decreto regulamentar no sistema brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 97, p. 21-33, 1969, 23.

<sup>11</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em Direito Administrativo. In: **Estudos de Direito Público**. Coimbra: Livraria dos Advogados, 1989, p. 81-175, p. 111.

Direitos e obrigações existentes na lei não podem ser suprimidos através do poder regulamentar. A validade deste está diretamente ligada à observância dos parâmetros consagrados no ato legislativo superior. É a observância ao artigo 5º, II c/c 37 da Constituição Federal, consoante se verá adiante. **249**

### 3.1 Limites ao poder regulamentar

A função do poder regulamentar está explícita no artigo 84, IV da Constituição. Trata-se da edição de comandos complementares à lei destinados à sua correta e adequada execução. O regulamento está limitado, assim, aos comandos do legislador, sendo vedado contradizer a lei, seja ampliando ou restringindo seu alcance.

A Administração deve obedecer, cumprir e pôr em prática as leis. Portanto, compete ao ato administrativo a função de dar concretude à lei, sem inovar na ordem legislativa, evitando favoritismos, perseguições e desmandos, dando efetividade, em suma, ao princípio da igualdade.

A legalidade é restrição ao poder regulamentar e tende a assegurar segurança jurídica: como os decretos não podem inovar no ordenamento jurídico, apenas dar concretude aos mandamentos prévios, garante-se que o cidadão não vai sofrer restrição a seus direitos sem um prévio e democrático processo legiferante.

Ademais, crê-se que o Poder Legislativo seria o ente mais apropriado para definir as ações do Estado, em virtude da sua representatividade mais democrática, possibilitando maiores discussões em torno das prioridades a serem executadas. Já o ato administrativo, por ser unilateral, seria menos democrático.

Cumprido ao Poder Legislativo elaborar as leis enquanto ao Poder Executivo colocá-las em prática. Infere-se relativa subordinação ao Legislativo e à lei. Francisco Campos leciona:

É consubstancial aos regimes constitucionais, particularmente ao nosso – de Constituição escrita e rígida, um domínio indubitavelmente

reservado à legislação no sentido estrito ou formal, ou à competência do Poder Legislativo. Em tais regimes, por maior a amplitude que se queira atribuir ao poder regulamentar da Administração, esse poder não está apenas adstrito a operar *intra legem e secundum legem*, mas não poderá em caso algum e sob qualquer pretexto, ainda que lhe pareça adequado à realização da finalidade visada pela lei, editar preceitos que envolvam limitações aos direitos individuais. Este domínio é de modo absoluto, reservado à legislação formal, ou aos preceitos jurídicos editados pelo Poder Legislativo. Em relação a eles a Administração não poderá dispor, seja por via individual, ou mediante o ato administrativo, seja por via geral, ou mediante decreto de caráter regulamentar. Garantidos na Constituição os direitos individuais, a sua declaração constitui, por si mesma, um limite oposto de modo absoluto ao poder regulamentar da Administração.<sup>12</sup>

Consoante o escólio de Pontes de Miranda:

Onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos – há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei.

Se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, estranhos à lei, ou faz reviver direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou

---

<sup>12</sup> CAMPOS, Francisco. Lei e regulamento – Direitos individuais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 80, p. 373-382, 1965, p. 376-377.

exceções, que a lei apagou, é inconstitucional 251  
[...] Tampouco pode ele limitar, ou ampliar  
direitos, deveres, pretensões, obrigações ou  
exceções à proibição, salvo se estão implícitas.  
Nem ordenar o que a lei não ordena [...]   
Nenhum princípio novo, ou diferente, de direito  
material se lhe pode introduzir...

Pelo aspecto formal, os decretos regulamentares não devem possuir caráter tão geral e abstrato quanto à lei. Pelo aspecto material, não podem restringir direitos e garantias dos cidadãos que a lei não o tenha feito.

#### **4 O dever de submissão da administração à lei como consequência da noção clássica de função administrativa**

A função administrativa constrói-se sob o prisma da legalidade. Demais disso, é caracterizada por um sistema de prerrogativas e sujeições, consubstanciadas no que se costuma designar de “supremacia do interesse público sobre o privado” e “indisponibilidade do interesse público”.

Otto Mayer diz que “a administração, desde o seu começo, foi contemplada como uma atividade do Estado que se exerce sob a autoridade da ordem jurídica que ele deve estabelecer”<sup>13</sup>.

Renato Alessi aduz que, em sentido jurídico, a atividade administrativa consiste em atos de produção jurídica complementar, aplicação concreta do ato de produção jurídica primário e abstrato contido na norma legal<sup>14</sup>. Em outra passagem, afirma “que a função administrativa é subordinada à função legislativa; tal subordinação que concretiza o princípio da necessária legalidade da atividade administrativa”<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> MAYER, Otto. **Derecho Administrativo alemán**. 2. ed. Trad. H.H. Heredia e E. Krotoschin (Trad.). Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 12.

<sup>14</sup> ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. 3. ed. Buenaventura Pellisé Prats (Trad.). Barcelona: Bosch, 1970, t. I., p. 5-25.

<sup>15</sup> Idem. **Sistema Istituzionale di Diritto Amministrativo italiano**. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1960, p. 9.

A construção da doutrina jurídico-administrativa liberal é claramente voltada a limitar as prerrogativas administrativas visando à proteção dos direitos individuais.

Dentre tais premissas está o princípio da legalidade, estrutural à função administrativa, pode ser sintetizado na expressão de Seabra Fagundes, para quem “administrar é aplicar a lei de ofício”<sup>16</sup>. Assim, consagrou-se que enquanto ao particular é facultado fazer tudo o que a lei não proíbe, à Administração só é lícito fazer o que a lei expressamente autoriza.

Fato é que os dogmas têm sido duramente criticados por parte da doutrina, tanto pela insuficiência quanto pela necessidade de superação de alguns resíduos de autoritarismo incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. A Administração Pública – e isso é fato constatável sem maiores dificuldades – já não se resume àquele modelo centralizado nem aos referenciais teóricos dos quais foi construída, provenientes das disputas entre Hauriou e Duguit.

Pode-se dizer que os elementos básicos que caracterizam a função administrativa são: exercício pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes; mediante comandos concretos ou abstratos; infralegal ou, excepcionalmente, com amparo direto na Constituição; sujeita a revisão interna ou externa. É justamente nesta excepcionalidade que aqui se trabalha: a Administração Pública Constitucional é instrumento de realização de direitos fundamentais. Cercear a atividade administrativa não garante, por si só, o exercício da democracia.

## **5 Alguns contornos sobre a mudança das atividades da administração pública**

Inicialmente, o Estado Moderno caracteriza-se por ser um Estado de Polícia cuja forma de governo era a monarquia e o exercício

<sup>16</sup> SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006 p. 5. Não se desconhece que a afirmação foi contextual, comparando a função administrativa – de atuação oficiosa – à função jurisdicional, cuja atuação é mediante provocação. Dessa forma, a célebre afirmação não reduz a atividade administrativa a uma atuação tecnocrática.

do poder se dava mediante arbítrio, sem subordinação à lei nem passível de questionamento. 253

Quando a classe burguesa passa a deter o poderio econômico, a administração do Estado começa a sofrer alterações, culminando com a Revolução Francesa, que dá origem ao Estado Liberal. É o Liberalismo que permite seja limitada a atuação do Estado, concedendo direitos ao homem e correlatos deveres ao Estado. Eventual atuação deste se submete à lei, com o fito de evitar que se atinjam direitos dos cidadãos. Trata-se de clara limitação à ação administrativa, deveras negativa: dever de não interferir na esfera de individualidade do cidadão.

Estrutura-se o Estado de Direito sobre os prismas da separação de poderes e da sobreposição da lei, com o intuito de proteção dos direitos individuais. Para tanto, é necessário que os responsáveis por conduzir os interesses do Estado se submetam à vontade geral, representada pelo Parlamento, o que justifica essa posição de superioridade da lei.

Estamos aqui diante do dever de manutenção da liberdade do cidadão como limite da atuação da Administração. Há um dever de abstenção do Estado que não deve interferir na esfera individual do cidadão, caracterizado por um Estado mínimo que tem uma postura de abstenção.

A centralização do Direito Administrativo no ato administrativo caracteriza o liberalismo. Afinal, é o ato administrativo que concretiza os atos normativos do Estado e, efetivamente, chega ao cidadão. E, não se pode negar, há um caráter autoritário no ato administrativo – que, como a doutrina costuma frisar, é limitado pelo “milagre” da efetividade do contencioso administrativo: trata-se da manifestação do poder do Estado num caso concreto.

Defronte à marginalização de parte da sociedade, o Estado é chamado a disciplinar as atividades individuais, sujeitando-as aos princípios do bem comum e da justiça social. Incluem-se direitos sociais fundamentais do cidadão, exigindo-se uma prestação positiva do Estado, voltada a propiciar condições dignas mínimas, especialmente no que se refere à saúde e educação.

A intervenção do Estado na economia passa a ser decorrente das necessidades da sociedade: presume-se que a busca pela satisfação pessoal ignorava as necessidades sociais. Logo, atribui-se ao Estado o dever promover o “bem-estar social”, ou seja, as atividades prioritárias, bem como as finalidades do Estado, são modificadas. Nesse contexto, avoca para si a prestação dos serviços essenciais oferecidos à sociedade, buscando a preservação da dignidade da pessoa humana, extinção da pobreza e a eliminação da desigualdade social.

O Estado, que até então se ocupava de não interferir nas liberdades individuais, agora passa a agir no sentido de garantir direitos sociais fundamentais dos cidadãos. Há nítido aumento das atribuições do Estado, que se volta à diminuição das desigualdades sociais e à busca do bem-estar social.

As Constituições<sup>17</sup> passaram a consagrar a prioridade pela efetivação de direitos sociais fundamentais. Não basta mais um Estado formalmente submisso ao Direito enquanto há necessidade de redução de desigualdades sociais. Como “existe um Estado Social quando se verifica uma generalização dos instrumentos e das ações públicas de segurança e bem-estar social”<sup>18</sup>, não há como ignorar a radical mudança de concepção de Liberal para Social.

Além de haver um incremento nas atividades garantidoras da liberdade já desempenhadas pelo Estado, este passa a assumir uma série de novas tarefas, como a prestação de serviços públicos em grande amplitude, a edição de normas disciplinadoras dos espaços urbanos, proteção ao meio ambiente, dentre outras: “Com a passagem do Estado liberal ao social, a administração pública deixa de ser concebida como meramente executiva [...] para se tornar cada vez mais numa atividade prestadora e constitutiva”<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Citem-se as constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919. Em substituição às constituições liberais, passam a trazer rol de serviços públicos que garantiriam os direitos fundamentais sociais.

<sup>18</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 9. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 28.

<sup>19</sup> PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. **Em busca do acto administrativo perdido**, p. 81.

O Estado interventor teve êxito relativo. A prestação dos serviços públicos chegou a um grande número de pessoas até então excluídas, tornando-as, de certa forma, dependentes. Contudo, o sistema tornou-se vítima de si mesmo, ao passo que, principalmente, a ampliação da prestação de serviços públicos não foi acompanhada pelos meios de seu financiamento. Isso implicou

[...] um sentimento de insatisfação, desassossego e insegurança, decorrente do paulatino esgotamento do modelo de desenvolvimento e progresso, especialmente visível no afloramento dos seus limites e na dificuldade de que padece para resolver de forma satisfatória os problemas de integração social que ele próprio suscita. É também patente a incapacidade do sistema para encarar com êxito complexas e novas questões (basicamente a ameaça do equilíbrio do meio-ambiente e o domínio das interrogações fundamentais colocadas pelo progresso científico e tecnológico), e é um fato a crise de confiança no Estado, quanto à sua capacidade de direção e controle dos problemas sociais, bem como de resolução satisfatória dos problemas de convivência política.<sup>20</sup>

Até então intervencionista, o Estado passa a considerar-se incapaz de atender as demandas sociais – ou as políticas públicas fazem crer tal incapacidade –, razão que o levou a repassar diversas atividades que até então estavam sob seu amparo à iniciativa privada.

O discurso da necessidade de eficiência, acompanhado das críticas à Administração burocrática, trouxe consigo a redução das

<sup>20</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. Introducción: El surgimiento, desarrollo y consolidación del Derecho Administrativo. In: PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. **Manual de Derecho Administrativo**. Ariel: Barcelona, 1990, p. 18.

256 dimensões do Estado mediante abertura ao capital estrangeiro e privatizações. Paralelamente, permitiu-se que vários setores da economia que estavam estagnados fossem revitalizados pelo capital privado e, principalmente, pela dinâmica não burocrática dos particulares.

As funções prioritárias do Estado passam a ser, então, planejar, regulamentar e fiscalizar as atividades prestadas pelos particulares, especialmente através das atividades das Agências Reguladoras. Busca-se garantir que a iniciativa privada atenda com a devida atenção as necessidades sociais, bem como evitar que a busca pelo lucro relegue a um segundo plano tal prioridade. Afirmar Dinorá Adelaide Musetti Grotti:

O momento consenso-negociação entre poder público e particulares, mesmo informal, ganha relevo no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. O estabelecimento dos primeiros deixa de ser monopólio do Estado, para prolongar-se num espaço do público não-estatal, acarretando com isso uma proliferação dos chamados entes intermediários. Há um refluxo da imperatividade e uma ascensão da consensualidade; há uma redução da imposição unilateral e autoritária de decisões para valorizar a participação dos administrados quanto à formação da conduta administrativa. A Administração passa a assumir o papel de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Disto decorre uma nova maneira de agir focada sobre o ato como atividade aberta à colaboração dos indivíduos.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Revista eletrônica de Direito Administrativo**, n. 6, maio/jul., 2006, p. 2.

Vê-se atualmente uma tendência de o Estado manter sob sua égide apenas aquelas atividades que somente ele – exclusivamente – pode realizar. O que não é atividade privativa do Estado passa à iniciativa privada das mais diversas formas.

Essa mudança decorre de novas preocupações, especialmente no que se refere ao crescimento desmesurado do Estado e a necessidade de readequação do seu papel na sociedade. Vê-se uma tendência de menor interferência do Estado na iniciativa privada – tal qual concebido no esquema clássico do Estado Liberal – e, mais que isso, a sobreposição de valores fundamentais dos cidadãos como guia das escolhas da Administração, valorizando-se a participação dos indivíduos na tomada das decisões.

Isso implica releitura das atividades do Estado. São novos os desafios e, por consequência, novos os caminhos de satisfazê-lo, mas não, entretanto, um simples rompimento com a realidade anterior cujos contributos permanecem.

Logo, não é crível que a concepção clássica de legalidade, após todas essas mudanças ocorridas no Estado, mantenha-se estanque a ponto de inviabilizar o real cumprimento da Constituição Federal.

## **6 A possibilidade de decreto regulamentando a constituição – o neoconstitucionalismo – interpretação conforme a constituição**

Postas as premissas necessárias ao desenvolvimento do tema, passemos ao cerne do que se pretende abordar.

Paulo Otero, apontando a prevalência da Administração Pública, leciona:

Um tal ativismo dos órgãos administrativos no desenvolvimento do Direito poderá assumir hoje uma especial importância por efeito da vinculação da Administração Pública às normas constitucionais sobre direitos

fundamentais que são diretamente aplicáveis e, num sentido ainda mais amplo, pelo papel da Administração como destinatária das imposições constitucionais em matéria de bem-estar: em cenários de ausência de lei, os órgãos administrativos podem ser chamados a produzir um Direito regulamentar compensador das omissões do legislador, sem prejuízo de uma genérica competência integrativa das respectivas lacunas jurídicas.<sup>22</sup>

Cita como fundamento desta “competência” os artigos 199, g) e 266 da Constituição de Portugal<sup>23</sup>. Com base em tais dispositivos o Governo estaria habilitado a emanar regulamentos independentes *praeter legem* em matérias situadas fora da reserva de lei e sem qualquer intervenção legislativa: trata-se aqui do regulamento fundado diretamente na Constituição Federal.

A Constituição Brasileira não tem dispositivo semelhante. Poder-se-ia citar o art. 78, segundo o qual: “O Presidente e o Vice-Presidente da República tomarão posse em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil”.

<sup>22</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**, p. 450.

<sup>23</sup> Compete ao Governo, no exercício de funções administrativas:

[...]

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

[...]

Artigo 266.º

Princípios fundamentais

1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

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.

Infere-se do mencionado dispositivo uma sobreposição do dever de cumprir a Constituição. Antes de observar a lei, deve o Chefe do Executivo defender e cumprir a Constituição. Não se trata de interpretação literal, da qual algum desavisado poderia manipular a ideia de “observar” a lei como não vinculante. O que afirmamos aqui é que, além da própria estrutura do ordenamento positivo que já consagra a sobreposição da Constituição, esta impõe um primeiro dever ao Chefe do Executivo, que se traduz no dever de defesa e cumprimento da Constituição<sup>24</sup>.

A vinculação da Administração à lei não pode deturpar a ordem constitucional. Deve ela agir de forma a concretizar os preceitos constitucionais. Não sem, paralelamente, o crescimento da importância do cidadão – que tem, ainda que em ritmo lento, incrementado sua cultura política – no controle. Da mesma forma os juristas e operadores do direito, através dos estudos e da prática jurídica, instrumentalizar o controle da legitimidade dos atos administrativos.

A verdade é que a realidade encontra-se em constante evolução e, por consequência, não pode a concepção restritiva do princípio da legalidade vigorar de forma absoluta, ignorando a existência de valores constitucionais já assegurados em seu seio, sob pena de violar a essência do Estado Democrático de Direito. A inexistência – ou ineficácia – de determinação legal não deve impedir a ação estatal na busca pela realização dos direitos fundamentais.

A legitimidade da interpretação depende de sua estreita vinculação à Constituição. Logo, os princípios nela consagrados devem ser base de toda a hermenêutica, seja esta feita pelo jurista, cidadão, legislador e, especificamente neste caso, pelo administrador. Ao aplicar uma norma constitucional sem intermédio de lei o administrador está tão somente interpretando-a.

Antes de tudo, a função administrativa está subordinada às finalidades constitucionais, sendo seu dever balizar-se no sentido de

<sup>24</sup> O dispositivo leva a defender o dever de descumprimento da lei inconstitucional em vigor como forma de defesa da Constituição. GASPARETTO, Patrick Roberto. **A administração pública frente à lei inconstitucional**. Fórum: Belo Horizonte, 2011.

conferir maior concretude aos princípios e regras constitucionais. Já resta superada a ideia de que tais são enunciados retóricos e programáticos dissociados da realidade. Daí a consagrada ideia de que o Direito Constitucional é a estática, enquanto o Direito Administrativo é a dinâmica.

Somente enquanto a lei estiver ligada à ideia de justiça, como um valor moral – e constitucional –, variável de acordo com a sociedade e a época em que é buscada – relação texto e contexto – é que se dá validade material e a importância merecida ao princípio da legalidade, sob pena de violação à base constitucional do Estado Democrático de Direito.

Averigua-se que se busca na Constituição não somente a afirmação abstrata de direitos e garantias, mas sim que seja ela concebida como o instrumento efetivo de realização dos anseios da população por igualdade e justiça materiais efetivas, não meramente formais, abstratas. E basta compararmos a axiologia constitucional com a proveniente das normas infraconstitucionais para se aperceber que o apego à Constituição, sem impor uma intermediação de lei, somente vai salutar a atividade administrativa.

É com base nisso que se defende uma atuação mais concreta da Administração na tutela dos direitos fundamentais. O decreto regulamentar que tiver por base a Constituição Federal, regulamentando a realização dos direitos fundamentais tem amparo no ordenamento jurídico.

Não se trata de inovação na ordem jurídica, o que seria vedado. Trata-se, pois sim, de direito já existente na Constituição cujo exercício depende de regulamentação. Note-se que a atual interpretação do mandado de injunção permite que o Judiciário supra a omissão legislativa. Ora, seguindo a mesma ideia – de máxima efetividade dos preceitos constitucionais – há amparo ao Executivo para que regulamente o exercício dos direitos previstos pela Carta Magna, sem vício de competência.

No que tange ao aspecto material, evidentemente não pode o decreto restringir exercício de direito fundamental. Mas, vale ressaltar, que nem mesmo a lei poderia restringir tal direito.

Uma vez garantido o direito, ainda que por meio de decreto, a legislação posterior poderá enfrentar uma limitação material. Não pela escala normativa hierárquica, mas pelo princípio da vedação do retrocesso social, segundo o que, uma vez efetivado direito fundamental, não é passível de posterior restrição<sup>25</sup>.

A dogmática constitucional é feita com o centro na dignidade humana e na tutela dos direitos fundamentais. Logo, toda a atividade administrativa deve reger-se por tais preceitos, disciplinando suas relações com o cidadão.

Outro fundamento que se defende é o reconhecimento de normatividade dos princípios, bem como de sua superioridade hierárquica e funcional no sistema jurídico, bandeira do pós-positivismo. Os princípios consagram os valores máximos e indicam – ainda que de forma mediata – a finalidade a ser perseguida pelo Estado e seus entes. É dever do administrador buscar a realização dos valores maiores idealizados pela sociedade. O ato regulamentar, portanto, pode estar vinculado diretamente aos princípios constitucionais. E, nesse sentido, já é uma máxima a efetividade plena de princípios implícitos, não sendo necessária uma lei que o positive para que possa a Administração atuar.

Logo, o administrador pode – e deve – agir com fundamento direto na Constituição, sem estar sua conduta vinculada à prévia manifestação do legislador. Isso, evidentemente, dentro das limitações aqui já apontadas. Essa interpretação que se propõe do princípio da legalidade liga-se mais à ideia de juridicidade, subordinando a Administração primordialmente à Constituição.

A efetivação dos direitos fundamentais é indissociável da função do aplicador do direito. Sabe-se que a Constituição deixa margem para diversas interpretações, mediante regras e princípios que nem sempre têm enunciado preciso. A interpretação demanda a integração

<sup>25</sup> Acerca do tema, CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; STRECK, Lênio Luis. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Livraria do Advogado, 2003.

**262** texto e contexto, sendo a realidade social fundamento para a correta aplicação da norma.

A Constituição determinou ao Estado a persecução do bem-estar dos cidadãos. É incongruente afirmar que apenas através da lei formal é que seria alcançado. A democracia revela-se na sujeição da Administração aos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados, incentivando a participação da população e diminuindo, conseqüentemente, a discricionariedade.

O que aqui se defende, é evidente, demanda extrema cautela e, sobretudo, um efetivo controle, que não deve ser voltado tão somente à preservação do erário, mas também ao atendimento do interesse público, fim último de todo e qualquer ato administrativo.

#### 6.1 Regulamento autônomo?

Hely Lopes Meirelles leciona:

No poder de chefiar a Administração está implícito o de regulamentar a lei e suprir, com normas próprias, as omissões do Legislativo que estiverem na alçada do Executivo. Os vazios da lei e a imprevisibilidade de certos fatos e circunstâncias que surgem, a reclamar providências imediatas da Administração, impõem que se reconheça ao Chefe do Executivo o poder de regulamentar, através de decreto, as normas incompletas, ou de prover situações não previstas pelo legislador, mas ocorrentes na prática administrativa. O essencial é que o Executivo, ao expedir regulamento – autônomo ou de execução da lei –, não invada as chamadas “reservas da lei”, ou seja, aquelas matérias só disciplináveis por lei, e tais são, em princípio, as que afetam

O autor prevê o decreto independente ou autônomo como o que dispõe sobre uma matéria ainda não regulada em lei, desde que não se trate de assunto de reserva de lei. Desta forma, ainda segundo o autor, há uma legitimação do Executivo para suprir omissão do Legislador, o que, ao que parece, acaba por outorgar uma competência mais ampla do que aqui se defende àquele.

Na realidade, propõe-se aqui um regulamento vinculado à Constituição e não autônomo. Esta noção de autonomia está a indicar liberdade à Administração, algo que não se coaduna com a ideia de função.

A omissão do legislador não indica necessariamente vazio legislativo, ainda mais quando a Constituição garante expressamente um direito ao cidadão. Assim, ao concretizá-lo, a Administração não atua de forma autônoma ou independente de lei. Atua, pois sim, sob o manto da Constituição Federal, aplicando – ainda que na visão mais ampla – a legalidade administrativa.

Despiciendo adentrar ao tema da força normativa da Constituição. Não compete somente ao Legislativo colocá-la em prática. Compete, de um modo geral, ao Estado, como averbado alhures, por intermédio de quaisquer dos Poderes. Logo, o vazio Legislativo não é sinônimo de vazio normativo, o que justifica a atividade administrativa com amparo constitucional.

Essa visão meramente subsuntiva é tecnicista e, juridicamente, apta a ensejar inconstitucionalidade, relegar toda a atividade administrativa a uma prévia atuação legislativa. É uma linha de

<sup>26</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 124. Percebe-se que a noção dada pelo autor não se confunde com o que se tem entendido como regulamento autônomo decorrente do art. 84, VI da Constituição Federal, até porque já advogava neste sentido antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 32/2011. O autor menciona regulação de vazios legislativos e não mera extinção de cargos ou organização administrativa.

264 pensamento hábil, pois sim, a respaldar a omissão tão gravosa quanto à ação que afronta a Carta Magna.

Fato é que a realidade legislativa crítica de que se tratou anteriormente, demanda outra forma de garantir a prevalência dos valores sociais consagrados pela Constituição Federal. A legitimidade dos atos estatais pode ser encontrada em uma concepção mais ampla do princípio da legalidade, não restringindo a ação administrativa a pressuposto legal formal. Diz Almiro do Couto e Silva que:

[...] a noção de que a Administração Pública é mera aplicadora das leis é tão anacrônica e ultrapassada quanto à de que o direito seria apenas um limite para o administrador. Por certo, não prescinde a Administração Pública de uma autorização legislativa para agir, mas, no exercício de competência legalmente definida, têm os agentes públicos, se visualizado o Estado em termos globais, um dilatado campo de liberdade para desempenhar a função formadora, que é hoje universalmente reconhecida ao Poder Público.<sup>27</sup>

O que se defende não é inovação absoluta na ordem jurídica, mas sim concretização de direitos previstos pela CF.

## 7 Possibilidade de controle

Já se percebe que a intenção da posição aqui adotada não é permitir que a Administração atue livremente, atribuindo-lhe uma competência que seria um verdadeiro cheque em branco. Pelo contrário, a noção de instrumentalidade da função administrativa aqui se acentua.

Inicialmente, por expressa previsão do art. 49, V, o Congresso Nacional pode sustar atos normativos do Executivo que exorbitem o

<sup>27</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 179/180, p. 51-67, jan./jun. 1990, p. 53.

poder regulamentar. Já o art. 5º, XXXV assegura a possibilidade de revisão dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Cite-se, ainda, a intensa fiscalização que vem desempenhando o Ministério Público e o Tribunal de Contas.

Mas há um controle passível de incremento que deve ser enfatizado. A Constituição assegura a participação popular na Administração Pública das mais variadas formas. Efetivamente, diversos são os remédios constitucionais ao alcance do cidadão visando repelir atos administrativos ilícitos e, ainda, preventivamente auxiliar a Administração no exercício de suas funções, ou, repressivamente, denunciar eventuais abusos.

Vale destacar que os meios de comunicação, juntamente com o princípio da publicidade, auxiliam a efetivação do controle da Administração Pública.

## 8 Conclusões

Nenhum impedimento há em mitigar-se a exigência de prévia lei em atenção ao senso maior de defesa dos direitos fundamentais. Ora, o exercício judicante de interpretar a Constituição e aplicá-la ao caso concreto, vivifica o Direito – sem o que essa construção humana seria desumana. E ao se falar em humano, pressupõe-se razão, sentimento, compaixão, respeito, misericórdia, dentre outras virtudes de que não pode se afastar o sistema constitucional.

A interpretação objetiva corporificar e materializar a Constituição – em especial no que se refere aos direitos fundamentais – como uma realidade social tangível. Para tanto, as normas, inclusive os regulamentos, são instrumentos.

Do sistema constitucional emergem valores que muitas vezes não vêm explicitados em qualquer norma específica, mas que, indubitavelmente, justificam e legitimam sua positivação. A unidade sistemática é garantida pela existência de princípios que se irradiam por toda ordem legal.

Sendo assim, o rigor formal irrefletido, irascível, na aplicação da lei pode perfeitamente conduzir a injustiças, pela degeneração do dispositivo decorrente de sua observação descontextualizada.

Ignorar a teleologia do sistema, prendendo-se à formalidade e à literalidade da lei, é conduta que reduz a Administração à condição de automatização que deve obedecer cegamente normas de conduta objetivas, muitas vezes sem qualquer sentido.

O princípio da legalidade em sentido estrito evoluiu para um conceito mais amplo, de reserva legal proporcional, ensejando, desse modo, que a Administração não apenas se manifeste sobre aspectos puramente formais dos fatos que se submetem à sua apreciação, mas também lhes avalie a conveniência, proporcionalidade, o que implica, necessariamente, apreciar também sua adequação axiológica.

É cabível o poder regulamentar que encontre fundamento diretamente na Constituição Federal – sem lei intermediária –, desde que não restrinja direito reconhecido pela Carta Magna. Trata-se de dar efetividade aos preceitos constitucionais, sob pena de negar-lhe cumprimento em escusas meramente formais.

Em que se pese este estudo parecer andar na contramão das intenções limitadoras da Administração, na realidade não há ampliação de liberdade, já que permanece absolutamente vinculada aos ideais constitucionais, sendo suscetível de controle nas formas mencionadas.

Deixar de agir, sob o manto de ausência de política legislativa, é omissão tão grave quanto à ação que viole a Constituição Federal. E, por isso, deve ser repelida.

## REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. 3. ed. Buenaventura Pellisé Prats (Trad.). Barcelona: Bosch, 1970, t. I.

\_\_\_\_\_. **Sistema Istituzionale di Diritto Amministrativo italiano**. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1960.

ATALIBA, Geraldo. Decreto regulamentar no sistema brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, n. 97.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CAMPOS, Francisco. Lei e regulamento – Direitos individuais. **267**  
**Revista de Direito Administrativo**. v. 80. Rio de Janeiro: Fundação  
Getúlio Vargas: 1965.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Da constituição dirigente ao  
direito comunitário dirigente. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes.  
**Brançosos e Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos  
sobre historicidade constitucional. Coimbra: Almedina.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais  
na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do  
Advogado, 2001.

COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito  
administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de  
Janeiro, n. 179/180, p. 51-67, jan./jun. 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed.  
São Paulo: Atlas, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O princípio da legalidade.  
**Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**.  
São Paulo, v. 10, p. 3-27, 1977.

GASPARETTO, Patrick Roberto. **A administração pública frente  
à lei inconstitucional**. Fórum: Belo Horizonte, 2011.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 3 ed.  
FDA: Buenos Aires, 1998, t. 2.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. **Revista  
eletrônica de Direito Administrativo**, n. 6, mai./jul., 2006.

MAYER, Otto. **Derecho Administrativo alemán**. 2. ed. Trad. H.H.  
Heredia e E. Krotoschin (Trad.). Buenos Aires: Depalma, 1982.

268 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 9. ed. São Paulo: RT, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Marco Aurélio. Revisão do salário de servidores não depende de lei. **O Globo**. 18 jun. 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1970.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Almedina: Coimbra, 2003.

PAREJO ALFONSO, Luciano. Introducción: El surgimiento, desarrollo y consolidación del Derecho Administrativo. In: PAREJO ALFONSO, Luciano; JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. **Manual de Derecho Administrativo**. Ariel: Barcelona, 1990.

PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e ilegalidade no acto administrativo**. Lisboa: Ática, 1962.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. **Em busca do acto administrativo perdido**, p. 81.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em Direito Administrativo. In: **Estudos de Direito Público**. Coimbra: Livraria dos Advogados, 1989, p. 81-175.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O controle dos atos 269 administrativos pelo Poder Judiciário**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lênio Luis. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo**. 8. ed., Giufrà: Milão, 1958.

**Recebido em 13/07/2012 - Aprovado em 26/08/2012**