

---

# APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, ECONÔMICOS, CULTURAIS E AMBIENTAIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO PÚBLICO CONTEMPORÂNEO

---

*André Navarro Fernandes*

*Advogado da União em exercício na Consultoria Jurídica do Ministério da Cultura.  
Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Eficácia Direta Dos Direitos Fundamentais Sociais, Econômicos, Culturais e Ambientais; 2 Vinculação Direta da Administração Pública aos Direitos Fundamentais Sociais, Econômicos, Culturais e Ambientais; 3 Reconstrução do Princípio da Legalidade Administrativa; 4 Reflexos da Releitura do Princípio da Legalidade Sobre a Atuação Normativa da Administração Pública; 5 Atuação Normativa da Administração pública Fundada Diretamente na Constituição; 6 Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** O artigo pretende demonstrar a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais, sob o paradigma do Estado Social e Democrático de Direito inaugurado com o advento da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, defende-se a superação da dogmática tradicional, sustentando a aplicabilidade direta do núcleo essencial desses direitos humanos, independente de previsão legal e orçamentária e, em alguns casos, até contra a manifestação do Poder Legislativo. Tendo em vista a vinculação direta da Administração Pública aos direitos fundamentais, bem como o dever-poder da função administrativa, propõe-se, à luz do direito público contemporâneo, uma releitura do princípio da legalidade administrativa, destacando suas consequências sobre a atuação normativa da Administração Pública, que, para plena concretização dos direitos humanos sociais, econômicos, culturais e ambientais, poderá, mediante a participação direta da população interessada, editar atos normativos fundados direta e imediatamente na Constituição, nos seus princípios explícitos ou implícitos, bem como nos tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

**PALAVRAS CHAVES:** Direitos fundamentais. Aplicação direta. Administração Pública. Princípio da legalidade. Função normativa autônoma.

**ABSTRACT:** The article intends to demonstrate the necessity of efetivação of social, economic, cultural and ambient the rights basic, under the paradigm of the Social and Democratic State of Right inaugurated with the advent of the Federal Constitution of 1988. In this direction, it is defended overcoming of the traditional dogmática, supporting the applicability direct of the essential nucleus of these human rights, independent of legal forecast and budgetary e, in some cases, even against the manifestation of the Legislative. In view of the direct entailing of the Public Administration to the basic rights, as well as the must-power of the administrative function, it is considered, to the light of the public law contemporary, a releitura of the beginning of the administrative legality, detaching its consequences on the normative performance of the Public Administration, who, for full concretion of social, economic, cultural and ambient the rights human, will be able, by means of the direct participation of the interested population, to directly and immediately edit established normative acts in the Constitution, in its explicit or implicit principles, as well as in treat and the international conventions to rights human beings.

**KEYWORD:** Basic rights. Direct application. Public administration. Principle of the legality. Independent normative function.

## INTRODUÇÃO

Com o advento do Estado Constitucional de Direito, a Administração Pública assumiu papel de destaque na Constituição da República Federativa do Brasil, especialmente porque passou a figurar em várias passagens do texto constitucional como destinatária do cumprimento de uma série de deveres relacionados à proteção, garantia e concretização de direitos fundamentais, entre eles os direitos sociais, econômicos, ambientais e culturais, que exigem, para sua realização, ações positivas dos poderes públicos.

Diante desse novo cenário constitucional, em que a Administração Pública aparece como verdadeira protagonista na realização de direitos humanos fundamentais, cuja aplicação imediata vincula todos os poderes constituídos, inclusive os particulares, o presente artigo discorrerá sobre a possibilidade da aplicação direta dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais pela Administração Pública, tendo sempre como norte uma ação emancipadora e comprometida com a dignidade do “outro”. O trabalho, sem a pretensão de esgotar toda a problemática que o tema suscita, limitar-se-á a abordar três aspectos: a questão da eficácia desses direitos fundamentais prestacionais à luz do Estado Contemporâneo; a vinculação direta da Administração Pública aos direitos fundamentais; o princípio da legalidade administrativa e o reflexo de sua releitura sobre a função normativa da Administração Pública.

### 1 EFICÁCIA DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, ECONÔMICOS, CULTURAIS E AMBIENTAIS

A crise de baixa efetividade da Constituição nunca será contornada enquanto não se construir uma doutrina que insista incondicionalmente, conforme bem enfatiza Friedrich Muller, na validade direta e completa de todos os textos de norma a partir da Constituição<sup>1</sup>. Com a superação do positivismo jurídico pelo modelo constitucional instituído pelo Estado Democrático e Social de Direito, cada vez mais juristas contemporâneos vem defendendo que a exigência de intermediação legislativa, bem

---

1 MÜLLER Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007, p.295. No dizer do autor: É bom destacar que “validade no direito”, em minha concepção, tem por conteúdo igualmente a obrigação juridicamente vinculante de todos os funcionários do Estado, dos legisladores, do governo e do restante do Executivo e da justiça de concretizar, de realizar a Constituição por inteiro.[...] Uma constituição – em nosso caso, a brasileira de 1988 – não é somente uma simples lei constitucional. Ela é o fundamento diretamente obrigatório da ordem jurídica na política, na sociedade e na vida de todos no país.

como de viabilidade orçamentária para a concretização dos direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais não pode ser levada às últimas conseqüências, sob pena de se reduzir à zero a força normativa da Constituição e de desconsiderar o papel transformador que o novo paradigma constitucional visou implementar em direção ao resgate das promessas incumpridas da modernidade.

Lenio Luiz Streck assume uma posição crítica em relação ao pensamento tradicional da dogmática jurídica que, presa a uma hermenêutica de bloqueio, impede que o novo – o sentido da Constituição que aponta para o resgate das promessas da modernidade – venha à tona. O autor defende a necessidade de afirmar a hermenêutica como modo de deixar o fenômeno constitucional tornar-se visível, deixando-o vir à presença, ao contrário da dogmática jurídica tradicional, que vê a Constituição como mera ferramenta jurídica. Daí sustentar o autor que:

É preciso, pois, dizer o óbvio: a Constituição constitui (no sentido fenomenológico-hermenêutico); a Constituição vincula (não metafisicamente); a Constituição estabelece as condições de agir político-estatal. Afinal, como muito bem assinala Miguel Angel Pérez, uma Constituição democrática é, antes de tudo, normativa, de onde se extraem duas conclusões: que a Constituição contém mandatos jurídicos obrigatórios, e que estes mandatos jurídicos não somente são obrigatórios, mas, muito mais do que isso, possuem uma especial força de obrigar, uma vez que a Constituição é a forma suprema de todo ordenamento jurídico<sup>2</sup>

Com a constitucionalização do direito, a força normativa da Constituição e de seus princípios gerou transformações no modo de pensar o direito e de interpretá-lo, abrindo-se a possibilidade de as regras e os princípios constitucionais explícitos ou implícitos constituírem fonte direta de direitos e obrigações, independente da mediação legislativa, o que impôs a superação da velha teoria positivista das fontes, que enxergava a lei como principal instrumento de expressão do fenômeno jurídico. A propósito, Lenio Luiz Streck lembra que a superação do “constitucionalismo ideológico” ocorre em três frentes: primeiro, pela teoria das fontes, uma vez que a lei já não é a única fonte, aparecendo a própria Constituição como auto-aplicativa; a segunda ocorre com a substancial alteração da teoria da norma, em face do aparecimento

---

2 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004, p.325.

dos princípios, problemática que tem relação com a própria teoria das fontes; a terceira frente dá-se no plano da interpretação.<sup>3</sup>

Acentua David Diniz Dantas, que a Constituição brasileira se caracteriza pela exuberante presença de princípios e valores, o que, no seu entender, revela o desejo do constituinte em atribuir à realidade uma dimensão valorativa própria, de modo a permitir a incidência direta dos princípios sobre as situações factuais, sem que seja necessária – embora não se exclua – a intermediação de regras.<sup>4</sup> Para Marc Frangi, citado por Daniel Sarmiento, os princípios fundamentais, a partir do momento em que receberam valor constitucional, passaram a constituir direito positivo, tornando-se suscetíveis de aplicação, mesmo na ausência de qualquer lei<sup>5</sup>, como aliás decorre da previsão expressa contida no art. 5º, § 1º da CF/88.

A Constituição brasileira consagrou um sistema aberto de regras e princípios, ao dispor que os direitos e garantias nela expressos 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, o que equivale a dizer que, no nosso sistema constitucional, o Poder Público pode estar obrigado a promover direitos fundamentais para além daqueles expressamente positivados no catálogo da Constituição (art. 5º, § 2º). Nesse contexto, assume especial relevância o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Tal princípio, além de constituir o valor unificador de todos os direitos fundamentais, que, na verdade, são uma concretização dele, também cumpre função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes ou previstos em tratados internacionais, revelando, de tal sorte, sua íntima relação com o art. 5º, § 2º, de nossa lei fundamental.<sup>6</sup>

Antônio Carlos Wolkmer bem ressalta que é imprescindível ter como ponto de partida para qualquer reflexão sobre direito e justiça a inclusão do paradigma da “vida humana” com dignidade e, citando as palavras de Enrique Dussel, afirma a imperatividade da vida humana

3 STRECK, Lenio Luiz Ontem, os códigos; hoje, as Constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalism. In *Direito Constitucional Contemporâneo*. Estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte. Del Rey. 2005, p.522.

4 DANTAS, Davi Diniz. *Interpretação Constitucional no Pós-positivismo*. Teoria e Casos Práticos”, São Paulo, Madras, 2005. p.66.

5 SARMENTO, Daniel, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2006. p.78.

6 SARLET, Ingo Wolfgan . *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007. p.107.

para a construção de uma realidade social justa, que venha restaurar a dignidade negada da vida da vítima, do oprimido ou excluído.<sup>7</sup> Da mesma forma pensa Sergio Alves Gomes, para quem:

[...] o paradigma do Estado Democrático de Direito tem por fundamento maior o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual não deve ser violado sob pretexto algum e, por isso, serve de bússula à hermenêutica constitucional. E mais: o efetivo respeito a tal princípio implica ações afirmativas (cf. item 5.4.2, adiante) do Estado com o intuito de promover concretamente o respeito a tal dignidade, afastando-se todas as formas de exclusão social que inviabilizam o desenvolvimento da pessoa humana e sua realização enquanto cidadão integrado em uma sociedade. Tal integração se concretiza mediante o gozo simultâneo de direitos humanos e fundamentais civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, ambientais. Cada um destes direitos corresponde ao atendimento de necessidades decorrentes das múltiplas dimensões presentes no ser humano.

Para Daniel Sarmento, a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana importa no reconhecimento de que a pessoa é o fim, e o Estado não mais do que um meio para a garantia e promoção dos seus direitos fundamentais<sup>8</sup>, o que impõe ao Poder Público não somente obrigações de não fazer, mas deveres de ação comissiva, tendentes à assegurar condições mínimas para a vida com dignidade. Daí concluir o autor que, do princípio em questão, pode-se extrair prestações estatais positivas, ligadas à garantia do mínimo existencial, até mesmo quando relacionadas a direitos não contemplados expressamente no texto constitucional, como no caso do direito fundamental à alimentação digna<sup>9</sup>. Com base no princípio da dignidade da pessoa humana, Daniel Sarmento chega a sustentar a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, inclusive nas relações entre os particulares, salientando que:

A Constituição brasileira, apesar dos seus pecadilhos, é progressista, e os seus valores essenciais são a tradução normativa de um generoso projeto de emancipação social dos excluídos. Este projeto deve ser estendido até onde for possível. É neste sentido que Luís Roberto Barroso, em lição magistral, afirma que “[...] em uma perspectiva

7 WOLKMER, Antônio Carlos, *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p.205-206.

8 SARMENTO, op. cit., p.87.

9 SARMENTO, op. cit., p.89.

de avanço social, devem-se esgotar todas as potencialidades interpretativas do Texto Constitucional, o que inclui a aplicação direta das normas constitucionais no limite máximo do possível, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional”.

Esta postura exegética não transige com a efetividade da Constituição, e, em especial, dos seus direitos fundamentais. Ela exige o reconhecimento de uma eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada.<sup>10</sup>

Observa Daniel Sarmento que negar ou reservar para hipóteses excepcionais a incidência direta da Constituição sobre as situações da vida significa desprestigiar a idéia da Constituição como norma jurídica, tornando-a dependente da incerta e boa vontade do legislador ordinário.<sup>11</sup> Nessa linha, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana e o próprio direito à vida se encontram na base de todos os direitos sociais, razão pela qual, independentemente de previsão expressa de um direito a prestações que tenham por finalidade assegurar ao indivíduo uma existência digna, tal direito fundamentalíssimo poderia ser deduzido diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, ambos consagrados na Constituição.<sup>12</sup>

Partindo dessa premissa, a concretização dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, ao menos em seu núcleo essencial, não pode estar condicionada à manifestação do legislador infraconstitucional e à previsão legal orçamentária, pois que são direitos fundados na Constituição, e não na lei. É preciso, pois, sublinhar que não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve se mover no âmbito dos direitos fundamentais, na expressão já conhecida da doutrina alemã, conforme lembra Jorge Miranda.<sup>13</sup>

Vale destacar, de outro lado, que o Brasil ratificou vários tratados internacionais de direitos humanos, entre eles o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cujas disposições aplicam-se independentemente de lei e obrigam os Estados signatários a realizarem todos os esforços no sentido de concretizá-los. Não foi por outra razão que Flávia Piovesan deixou consignada a seguinte lição:

10 Ibid., p.245.

11 Ibid., p.81.

12 SARLET, Ingo Wolfgang . *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007. p.342.

13 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 2. ed. Coimbra, p.276.

Há que se propagar a idéia de que os direitos sociais, econômicos e culturais são autênticos e verdadeiros direitos fundamentais e, por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade ou generosidade. [...]. Há que se lançar um duplo esforço – nas esferas nacional e internacional – que afaste as doutrinas jurídicas destinadas a negar a juridicidade desses direitos, já que conflitantes com a concepção da indivisibilidade dos direitos humanos. No plano brasileiro, há que se combater a doutrina das chamadas ‘normas constitucionais programáticas’, destituídas de aplicabilidade, buscando extrair a máxima efetividade dos preceitos referentes aos direitos econômicos, sociais e culturais. [...]. Há que se consolidar uma doutrina e uma prática que afirmem a aplicabilidade e acionabilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais.<sup>14</sup>

Nelson Saule Junior, ao discorrer sobre o direito social à moradia, ressalta que a concepção da não-efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais no campo doutrinário não é compatível com o sistema constitucional brasileiro, que contém diversas normas direcionadas ao Estado brasileiro para reduzir a desigualdade econômica e social, por meio da implementação de políticas públicas.<sup>15</sup>

Daí a lição clássica e bastante atual de Eros Roberto Grau, para quem as normas constitucionais programáticas, sobretudo as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.<sup>16</sup> Para Eros Grau, a eficácia dos direitos em questão não depende de prévia regulação na lei ordinária, mas antes pelo contrário, eles se aplicam independentemente de intervenção

14 PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. Max Limonad. 1998, p. 88 e 91/92. No mesmo sentido, a lição de Ingo Wolfgang Sarlet: “[...] das normas definidoras de direitos fundamentais, podem e devem ser extraídos diretamente, mesmo sem uma interposição do legislador, os efeitos jurídicos que lhe são peculiares e que, nessa medida, deverão ser efetivados, já que, do contrário, os direitos fundamentais acabariam por se encontrar na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais. De modo especial no que diz com os direitos fundamentais sociais, e contrariamente ao que propugna ainda boa parte da doutrina, tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público, em especial, do legislador”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica n. 10, janeiro, 2002. Disponível em: < <http://www.direitopublico.com.br> >. Acesso em: 02 jul. 2008.

15 SAULE JUNIOR, Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2004. p. 178.

16 GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1988. p. 126.

legislativa.<sup>17</sup> Conforme adverte o autor, pretender que um direito inscrito no texto constitucional só opere seus efeitos após a superveniência de lei ordinária é subverter a hierarquia das normas jurídicas, conferindo-se à lei força maior do que a atribuída à Constituição.<sup>18</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello, em trabalho publicado em 1981, já defendia a aplicabilidade direta e imediata das normas constitucionais relativas à justiça social. Para o autor, certos preceptivos constitucionais outorgam imediatamente, sem necessidade de qualquer regramento posterior, tanto o desfrute imediato e positivo de certos benefícios quanto a possibilidade de exigí-los, se acaso forem negados. Daí dizer o autor que uma correta análise das dicções constitucionais, relativas à Justiça Social, impõe logicamente concluir que, a partir delas e independentemente de normação ulterior, já são invocáveis direitos sociais muito mais amplos e sólidos do que se supõe habitualmente.<sup>19</sup>

Para Bandeira de Mello, a imprecisão ou fluidez das palavras constitucionais não lhes retira a imediata aplicabilidade dentro do campo indubitado de sua significação e, tal como sustenta Eros Grau, afirma Bandeira de Mello que supor a necessidade de lei para delimitar este campo, implicaria outorgar à lei mais força que à Constituição, proclamando ser puramente ideológica – e não científica – a tese que faz depender da lei a fruição dos poderes ou direitos configurados em termos fluídos.<sup>20</sup> A certa altura, Bandeira de Mello indaga:

Ora bem, se em todos os ramos do Direito as normas fazem uso deste tipo de conceitos, sem que jamais fosse negado caber aos juízes fixar seu alcance nos casos concretos – o que está a demonstrar a possibilidade de sacar deles uma certa significação – por que negar possam fazê-lo quando se trata de extrair o cumprimento da vontade constitucional? Por que imaginar necessário que o Poder Legislativo disponha sobre matéria para, só então, considerado Poder Executivo ou terceiro obrigado a respeitá-los em matéria de liberdades públicas ou de direitos sociais?<sup>21</sup>

17 GRAU, op. cit., p.126.

18 GRAU, op. cit., p.127.

19 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais Sobre Justiça Social. *Revista de Direito Público* n. 57/58. São Paulo, janeiro/junho de 1981, p. 238/239.

20 MELLO, op. cit., p.245.

21 Ibid.

Ao final, conclui Bandeira de Mello que as disposições constitucionais relativas à Justiça Social não são meras exortações ou conselhos, de simples valor moral. Todas elas são – inclusive as programáticas – comandos jurídicos e, por isso, obrigatórias, gerando para o Estado deveres de fazer ou não-fazer e, imediatamente, direitos para os cidadãos, inobstante tenham teores eficaciais distintos.<sup>22</sup>

Também caminha na mesma direção o entendimento de Juarez Freitas, para quem, no âmago, todos os direitos têm eficácia direta e imediata, reclamando crescente acatamento, notadamente tendo em vista os direitos sociais, encontrando-se peremptoriamente vedados os retrocessos.<sup>23</sup> Para o autor, os direitos fundamentais sociais devem ser regulamentados, porém não como condição para o seu exercício, pois independem, em seu núcleo essencial, do reconhecimento de lei infraconstitucional. A lei, conforme ensina Freitas, deve ser vista como instrumento para incrementar, conformar e densificar os direitos fundamentais, viabilizando avanços, não servindo para adiar prestações inadiáveis<sup>24</sup>, como é o caso, por exemplo, daquelas prestações positivas necessárias à garantia de condições mínimas e dignas de saúde, meio ambiente, moradia, educação e cultura.

Com relação à cláusula da reserva do possível, Juarez Freitas observa que ela deve ser vista com parcimônia em relação a outras realidades, como as que se relacionam ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, sustentando que não é exagero cobrar, em relação aos direitos fundamentais sociais, o imediato reconhecimento do mínimo nuclear de realização.<sup>25</sup>

Não diverge desse entendimento Sergio Victor Tamer, para quem deve se garantir um padrão elementar de dignidade aos cidadãos, mesmo que ausente norma infra-constitucional ou condições econômicas favoráveis, casos em que se não está a ferir a cláusula parâmetro de separação de poderes, mas possivelmente exercendo uma interpretação consentânea com os ditames da justiça social, dentro de uma orientação voltada para a hermenêutica do “objetivismo atualista” e do valor normativo dos princípios.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. Malheiros, 2004. p.206.

<sup>24</sup> FREITAS, Juarez. op. cit., p. 210.

<sup>25</sup> FREITAS, Juarez. op. cit., p.211.

<sup>26</sup> TAMER, Sérgio Victor. *Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias*. Um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais. Porto Alegre. Segio Antonio Fabris. 2005, p.198.

Para Tamer, a garantia dos direitos fundamentais sociais, assim, em seu padrão elementar, independe do condicionamento econômico ou da “reserva do possível”, pois é uma exigência do princípio da dignidade da pessoa, da igualdade jurídica e do próprio conceito de democracia.<sup>27</sup> Não é outra a posição de Regina Maria Fonseca Muniz, para quem o fundamento dos direitos sociais encontra-se na constatação de que o homem não poderá viver uma vida plena, digna, enriquecedora, se não lhe forem satisfeitas as necessidades básicas. Sendo assim, o Estado não pode se furtar de tal dever sob alegação de inviabilidade econômica ou de falta de normas de regulamentação.<sup>28</sup>

Para encerrar este tópico, pode-se concluir que a aplicação imediata desses direitos fundamentais independentemente do reconhecimento infraconstitucional é reforçada pelo conteúdo do próprio preâmbulo da Constituição da República, do art. 3º da Constituição e de outras passagens do texto constitucional (CF, arts. 6º, 23, 170, 196, 205, 208, 215, 225, 227, dentre outros), os quais bem demonstram o perfil transformador do Estado Democrático e Social de Direito, a exigir dos poderes públicos ações positivas voltadas para assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social<sup>29</sup>.

## **2 VINCULAÇÃO DIRETA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, ECONÔMICOS, CULTURAIS E AMBIENTAIS**

Em decorrência da eficácia direta das regras e princípios constitucionais referentes aos direitos humanos sociais, econômicos, culturais e ambientais, avulta a importância do papel da Administração Pública na concretização de tais direitos fundamentais. De fato, conforme observa Otávio Henrique Martins Port, a função administrativa, no caso dos direitos sociais, implica a obrigatoriedade da prestação das

---

27 Ibid., p.259.

28 MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O Direito à Educação*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 2.

29 Vale destacar, a propósito, que o § 2º do art. 198, bem como o art. 212 da Constituição impõem à União, aos Estados e Municípios a aplicação de recursos mínimos para a concretização dos direitos à saúde e educação. A inobservância dos direitos da pessoa humana e a não aplicação desses recursos pela Administração Pública pode gerar intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal e do Estado nos Municípios (CF, art. 34, VII, alíneas “b” e “e”, e 35, III). Por outro lado, o art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a redação dada pela Emenda Constitucional 31/2000, instituiu o Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza, destinado a viabilizar ações positivas do Estado, no sentido de propiciar a todos os brasileiros o acesso a níveis dignos de subsistência. Com isso, o argumento da inviabilidade econômica comumente utilizado para justificar a ineficácia dos direitos fundamentais em questão perde consistência.

prerrogativas a eles inerentes, por parte da Administração Pública, ao administrado. Propiciar a todos uma existência digna, que passe pelo asseguramento dos direitos sociais, é uma exigência do próprio Estado Democrático de Direito, cabendo à atividade administrativa criar reais condições materiais para a concretização do atendimento às demandas sociais ínsitas ao Estado Social de Direito.<sup>30</sup>

Com efeito, a Administração Pública no Brasil é uma das principais destinatárias do cumprimento das normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais, conforme se verifica da leitura dos arts.1º, III, 3º, I, II, III e IV, 23, 196, 203, 205, 208, 212, 215, 225 e 227, todos da CF/88. Cabe, assim, aos órgãos da Administração Pública, o dever de promoção desses direitos que, como vimos, em seu núcleo essencial, independem de intermediação legislativa e de previsão orçamentária favorável. Tal circunstância revela um evidente protagonismo da atividade administrativa na construção de um Estado Democrático de Direito comprometido com a dignidade da pessoa humana. Daí revelar-se possível nesses casos uma atuação administrativa fundada diretamente no texto constitucional, ainda que ausente previsão legal expressa, uma vez que aqui a função administrativa ou normativa da Administração Pública traduz um verdadeiro poder-dever de agir, não se admitindo discricionariedades. Conforme adverte Otávio Henrique Martins Port:

Não se pode olvidar jamais que a Administração exerce função, titularizando poderes que devem ser utilizados sempre tendo como objetivo um dever, a defesa do interesse público. Ora, é inegável que a concretização dos valores albergados pela Constituição, por ela juridicizados e convertidos em direitos sociais, é um interesse público de primordial relevância para o corpo social, tendo o administrador o dever de zelar pela sua irrestrita observância e realização, mesmo na ausência de previsão legal a respeito.<sup>31</sup>

Nessa esteira pronuncia-se Ana Paula de Barcellos, ao dissertar sobre a vinculação dos poderes públicos aos objetivos fundamentais da República previstos no art. 3º da Constituição, entre eles a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, cujo dever de promoção compete à União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nos termos do art. 23 da CF/88. Para

---

30 PORT, Otávio Henrique Martins. *Os Direitos Sociais e Econômicos e a discricionariedade da administração pública*. São Paulo, RCS, 2005. p.153.

31 Port, op. cit., p.155.

a autora, a Administração não tem, desse modo, um poder discricionário, mas um dever discricionário, isto é, não cabe à Administração decidir se deverá ou não agir, pois ela está juridicamente obrigada a fazê-lo. A discricionariedade residirá apenas nos meios empregados para atingir os fins em questão. Na medida em que tais deveres foram estabelecidos por norma constitucional, dotada de supremacia, a atuação administrativa encontra-se a ela vinculada como decorrência do Estado de Direito Constitucional, registrando a autora que a omissão do Poder Público nesse particular será inconstitucional.<sup>32</sup>

É em decorrência dessa força obrigatória e vinculante da Constituição que o agir administrativo pode encontrar esboço e limite diretamente em regras ou princípios constitucionais, dos quais decorrerão, sem necessidade de mediação do legislador, ações ou omissões da Administração.<sup>33</sup> Nessa linha, ensina Fabrício Motta, para quem a Administração pode estar obrigada a agir em razão de imposições extraídas diretamente dos princípios constitucionais e também da força normativa destes últimos.<sup>34</sup> A propósito, referindo-se à aplicação direta e imediata do direito à saúde e ao ensino fundamental, Otávio Henrique Martins defende uma atuação positiva da Administração Pública em direção à implementação desses direitos independentemente de previsão em lei formal:

[...] há normas constitucionais disciplinadoras de direitos sociais que possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata, independentemente portanto de mediação legislativa, sendo plenamente exigível uma atuação positiva da Administração Pública, por consubstanciarem tais normas verdadeiros direitos subjetivos públicos. É o caso dos direitos à saúde e ao ensino fundamental, na sua dimensão garantidora do núcleo essencial de todos os direitos fundamentais: a dignidade da pessoa humana.<sup>35</sup>

Do mesmo modo, a Administração Pública deve agir para garantir aos cidadãos desprovidos de habitação digna o direito fundamental à moradia, ainda que inexistente previsão específica em lei ordinária, pois conforme ensina Nelson Saule Junior, tal direito decorre diretamente

32 BARCELLOS, Ana Paula de, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.168-169.

33 BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. In: Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, ano 4, n. 14, jul/set. 2006, p. 35.

34 MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.208.

35 Port, op. cit., p.154.

da Constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte.<sup>36</sup>

Também esse dever de agir da Administração Pública se faz presente em relação à promoção e proteção dos direitos fundamentais ao meio ambiente e à cultura, nos termos dos arts. 215 e 225 da Constituição Federal, que impõem aos órgãos do Poder Público, inclusive aos particulares, obrigações positivas de índole prestacional, inferidas diretamente da Constituição, conforme anota Daniel Sarmento.<sup>37</sup> Observa-se, que, nesses casos, a lei, embora necessária à densificação das regras e princípios constitucionais, torna-se um instrumento dispensável para habilitar a aplicação dos direitos fundamentais prestacionais pela Administração Pública, cuja atividade administrativa pode e deve haurir seu fundamento de validade diretamente na Constituição e nos seus princípios constitucionais. Verifica-se, com isso, nas palavras do professor português Paulo Otero, uma via de rotura do mito da onipotência da lei face à Administração Pública e da conseqüente menoridade ou inferioridade da Constituição perante a lei no âmbito da função administrativa, ou seja:

[...] em vez da eficácia operativa das normas constitucionais estar sempre dependente da lei na sua vinculatividade para a Administração Pública, tal como se encontra subjacente no pensamento liberal oitocentista, a lei deixou de ter hoje o monopólio habilitante da actividade administrativa, registando-se que a aplicação da Constituição à Administração Pública e pela Administração Pública não exige necessariamente a mediação legislativa.

Houve aqui como que um processo de autodeterminação constitucional face ao poder legislativo nas suas relações com o poder administrativo: a Constituição emancipou-se da lei no seu relacionamento com a Administração Pública, passando a consagrar

---

36 SAULE JUNIOR, Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris. 2004, p. 176. No dizer do autor: "Nas normas definidoras do direito à moradia a aplicação é imediata o que faz com que sua eficácia seja plena. Isto é, de imediato, o Estado brasileiro tem a obrigação de adotar as políticas, ações e demais medidas compreendidas e extraídas do texto constitucional para assegurar e tornar efetivo esse direito, em especial aos que se encontram no estado de pobreza e miséria.[...]. O Estado brasileiro está obrigado, de imediato, a promover a efetivação do direito à moradia, levando em consideração as normas dos tratados internacionais de direitos humanos e as normas da Constituição que definem as obrigações e responsabilidades das entidades federativas e das instituições e organismos do Poder Público" (p.182/183).

37 SARMENTO, op. cit., p.319-320.

preceitos que, sem dependência de intervenção do legislador, vinculam directa e imediatamente as autoridades administrativas.<sup>38</sup>

Essa mudança de paradigma implica em reconstruir um novo direito administrativo, não mais voltado para garantia da aplicação mecânica das leis e para proteção do indivíduo contra o Estado, tal como preconizava o pensamento jurídico liberal iluminista, mas um direito administrativo sintonizado com o perfil transformador do Estado Constitucional de Direito, comprometido com a dignidade da pessoa humana e com a implementação direta de políticas públicas emancipatórias, destinadas à satisfação das necessidades sociais básicas dos segmentos excluídos. A passagem para esse novo direito administrativo pressupõe, no entanto, a reconstrução do princípio da legalidade administrativa.

### 3 RECONSTRUÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

Diante da vinculação direta e imediata da Administração Pública aos direitos fundamentais prestacionais, opera-se atualmente uma mudança de leitura do princípio da legalidade administrativa. Em vez da submissão da Administração Pública à lei, fala-se em submissão da Administração Pública ao Direito. Conforme assevera Patrícia Baptista, hoje caminha-se para a construção de um princípio da legalidade não no sentido da vinculação positiva à lei, mas de vinculação da Administração ao Direito. O princípio da legalidade ganha, assim, a conotação de um princípio da juridicidade. Não sendo possível a inteira programação legal da Administração Pública contemporânea, é forçoso, contudo, mantê-la totalmente subordinada aos princípios e regras do ordenamento jurídico, especialmente do ordenamento constitucional. A atividade administrativa deve haurir seu fundamento diretamente do texto constitucional.<sup>39</sup>

Nestes termos, Luís Roberto Barroso, ao discorrer sobre a repercussão do constitucionalismo sobre a atuação dos três Poderes, inclusive na sua relação com os particulares, registra que um dos efeitos dessa repercussão em relação à Administração Pública foi o de impor aos seus órgãos deveres de atuação, fornecendo-lhes fundamento de

38 OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina. 2003. p.735.

39 BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p.108.

validade para a prática de atos fundados diretamente na Constituição, independentemente da manifestação do Poder Legislativo.<sup>40</sup>

Para Barroso, a constitucionalização do direito administrativo requer a superação ou a reformulação de paradigmas tradicionais, dentre eles o princípio da legalidade, na sua leitura convencional. Nas palavras desse autor,

Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre a Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais. Dentre eles é possível destacar:

[...] b) a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária.

Supera-se, aqui, a idéia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.<sup>41</sup>

Uma das razões para essa mudança de leitura do princípio da legalidade é a quebra do mito da perfeição da lei. Ao discorrer da imperfeição intrínseca da lei, Paulo Otero revela a insuficiência do legislador para atender o aumento da demanda das tarefas confiadas à tutela do Estado, exigindo a satisfação das novas e sempre acrescidas necessidades coletivas com especialização e rapidez decisórias, o que se mostra inviável em sede legislativa, verificando-se aqui uma crescente valorização do papel da Administração Pública na concretização do modelo constitucional de bem-estar.<sup>42</sup>

40 BARROSO, op. cit.

41 BARROSO, Luís Roberto, *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*, Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 09, março/abril/maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 17 jul. 2008.

42 OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: 2003. p.158.

Daí registrar o autor a impossibilidade de se reconduzir a função administrativa a uma aplicação silogística-subsuntiva da lei, tal como se chegou a defender a partir das idéias de Montesquieu de que para a Administração “as leis são os olhos do príncipe” e o juiz é a “boca que pronuncia as palavras da lei”, pois, antes lhes está reservado um papel metodologicamente ativo na realização do direito.<sup>43</sup> No Brasil, esse entendimento vem sendo perfilhado em recentes trabalhos, dos quais se destaca o da publicista Arícia Fernandes Correia, que, sobre o tema em questão, salientou o seguinte:

Paralelamente ao advento do Estado Social do século XX, com suas exigências de uma política intervencionista por parte do Executivo, o legicentrismo liberal, que dera origem a um positivismo normativo asséptico responsável por verdadeiras atrocidades na história da humanidade em nome da lei, veio ser substituído por um constitucionalismo não mais retórico, com suas quiméricas promessas revolucionárias, mas dotado de força normativa e substrato axiológico o bastante para a aplicação direta dos direitos fundamentais – que estariam condensados nos princípios constitucionais, prenhes de valores – pelo Judiciário e, na hipótese de que este ensaio mais se interessa, pela Administração Pública, muitas das vezes independentemente da mediação legislativa, porquanto vinculada não mais estrita e verticalmente somente à lei, mas à Constituição e ao Direito.

[...] Desta forma, o pós-positivismo, responsável pelo resgate da normatividade dos princípios, e a constitucionalização do direito como um todo e do direito administrativo, em especial, permitiram a substituição da estrita legalidade administrativa pela juridicidade, ampliando os espaços destinados a um agir administrativo racional, ponderativo e voltado à promoção dos direitos fundamentais como exercício de permanente legitimação democrática.<sup>44</sup>

---

43 OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina. 2003. p.161. O autor, nesse sentido, afirma mais adiante que: A desmistificação da perfeição da lei serve também para sublinhar, por último, que a Administração Pública é um poder autônomo, dotado de uma legitimidade própria e investido de um papel importante na realização da idéia de Direito.

44 CORREIA, Arícia Fernandes. *Reserva da Administração e Separação de Poderes*. In: BARROSO, Luís Roberto Barroso (org.). *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. p.578/579.

A autora propõe uma legitimação democrática da reserva administrativa, que seria implantada mediante a passagem da Administração Pública por alguns filtros de legitimação, dos quais destacam-se, no que mais interessa a este artigo, os seguintes: pelo ativismo administrativo, ou seja, pela promoção, de ofício, dos direitos fundamentais asseguradores de uma existência humana digna, sem a qual não se pode conjecturar da edificação de um projeto de vida livre ao indivíduo; pela adoção de políticas públicas em relação aos direitos fundamentais sociais; pela procedimentalização da Administração Pública, a transpor um permanente diálogo entre o cidadão e a Administração Pública; e pela aplicação direta da Constituição às relações de direito administrativo, seja por meio do controle de constitucionalidade do ato administrativo, seja pela promoção dos direitos fundamentais independentemente de mediação legislativa.<sup>45</sup>

Delineia-se, assim, com a nova concepção do princípio da legalidade, uma substituição da velha Administração Pública inerte e inoperante, outrora apenas subordinada cegamente à lei formal, por uma Administração Pública emancipadora, atuante e vinculada diretamente aos direitos fundamentais e aos princípios derivados da Constituição. Assim, embora a submissão da Administração Pública à lei deva ser uma imposição constitucional do Estado Democrático e Social de Direito, a leitura que se deve fazer dessa sujeição não pode inviabilizar o cumprimento de princípios e regras constitucionais, quando estes impuserem deveres de atuação positiva aos órgãos da Administração Pública.

Nesse sentido parece ser o entendimento de Alexandre Santos Aragão, ao observar que o princípio da juridicidade ou da legalidade em sentido amplo é uma via de mão dupla. Segundo ele, o princípio serve tanto para restringir a ação da Administração Pública não apenas pela lei, mas também pelos valores e princípios constitucionais, como para permitir a sua atuação quando, mesmo diante da ausência de lei infraconstitucional específica, os valores da Constituição (lei constitucional) impuserem sua atuação.<sup>46</sup>

Por outro lado, ainda que existente previsão legal específica, isto não poderá impedir que, perante leis ostensivamente violadoras dos direitos fundamentais, a Administração Pública se veja no dever de, excepcionalmente, preferir a Constituição à lei, negando aplicação a regra legal viciada de inconstitucionalidade, ou, ainda deparar-se com a necessidade de optar pela aplicação direta da Constituição, quando,

45 CORREIA, op. cit., p.610-611.

46 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p.337.

diante da anormalidade de situações particularizadas, concluir que a aplicação da regra legal naquele caso específico e, somente nele, mostrar-se claramente injusta, permitindo-se aqui uma atuação administrativa contra a lei e em vez da lei, mas com fundamento numa otimizada e sistemática aplicação da Constituição e de seus princípios fundamentais. Com efeito, no entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, a aplicação direta dos direitos fundamentais permite que se invoque a invalidade dos atos normativos que, de forma direta, ou mediante interpretação, violem os preceitos definidores daqueles direitos, impondo-se, assim, na solução dos casos concretos, contra a lei e em vez da lei, ou contra determinada interpretação da lei.<sup>47</sup> No Brasil, Juarez Freitas parece perfilhar o mesmo pensamento, ao afirmar que:

[...] em nosso sistema constitucional não mais é adequado, por exemplo, afirmar que o Poder Público deve apenas agir em estrita conformidade com a lei. A subordinação dos atos estatais deve ser ao Direito, mais do que apenas à lei, ou seja, o princípio da legalidade passou a figurar como princípios entre princípios, sendo que, em alguns casos, a própria Administração Pública deve fazer, de certo jeito, uma espécie de controle de constitucionalidade (sem prejuízo do controle jurisdicional derradeiro)<sup>48</sup>

Mais adiante, o autor afirma que a superioridade dos princípios fundamentais permite que o agente público deixe de cumprir as normas contidas em regras, quando estas revelarem-se manifestamente violadoras de princípios<sup>49</sup>. Também, nesse sentido, leciona Binbenojm:

A idéia de *juridicidade administrativa*, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da *legalidade administrativa*, como um dos seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade

47 MOREIRA, Vital, CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. vol. I, Coimbra: Coimbra, 2007. p.382-383.

48 FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. Malheiros, 2004, p.214.

49 FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. Malheiros, 2004, p.249.

com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).<sup>50</sup>

Em tema de direitos fundamentais, hipótese interessante na qual a Administração Pública poderá atuar contra uma lei ou em vez da lei ocorrerá, por exemplo, quando houver conflito entre uma lei interna e um tratado ou convenção internacional de direitos humanos. Na hipótese, adotando-se o entendimento da moderna doutrina que defende o *status* de norma constitucional dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, bem como sua aplicabilidade imediata pelos órgãos do Poder Público, a Administração Pública poderá agir contra a lei, optando pela aplicação direta da norma internacional ou convencional, sempre quando a disposição legal revelar-se incompatível com os direitos consagrados nos documentos internacionais, ou quando os preceitos destes revelarem-se mais favoráveis à proteção dos direitos humanos em questão.<sup>51</sup>

Conclui-se, portanto, que a visão tradicional do princípio da legalidade, segundo o qual a Administração Pública somente pode fazer o que a lei expressamente autoriza ou permite encontra-se relativamente superada, pois, conforme se viu, haverá situações em que a atuação administrativa impor-se-á independentemente de lei, para além da lei e até mesmo contra a lei, mas sempre em consonância com o direito.

#### 4 REFLEXOS DA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE SOBRE A ATUAÇÃO NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Diante dessa releitura do princípio da legalidade, a função normativa da Administração Pública ganha outros contornos jurídicos. Na medida em que se admite a possibilidade de aplicação direta e imediata de regras e princípios constitucionais explícitos ou implícitos pela Administração Pública, a atividade normativa desta, quando extraída diretamente da Constituição, ou mesmo de um tratado ou convenção internacional de direitos humanos, poderá implicar na imposição de obrigações de fazer ou não fazer em relação aos particulares, sem que

---

50 BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. In: Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, ano 4, n. 14, jul/set. 2006, p. 24/25. A propósito, Luís Roberto Barroso, com levantamento de farta doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, demonstra que não é de hoje que se sustenta o dever de o chefe do Poder Executivo negar aplicação a lei reputada inconstitucional, por decisão fundada diretamente na Constituição (*Poder Executivo. Lei Inconstitucional. Descumprimento*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Vol. 181-182. jul/dez. 1990).

51 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad. 2000. p.95/112-113.

seja necessária a existência de lei formal. Nesses casos, a Constituição e seus princípios expressos ou implícitos surgem como fonte direta e imediata da ação normativa da Administração Pública.

O princípio da legalidade previsto no art. 5º, II da Constituição, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” não pode ser lido apenas no seu aspecto formal, sob pena de afastar os particulares do cumprimento da própria Constituição e de seus princípios constitucionais. A leitura literal do princípio acabaria por eleger a lei emanada do Poder legislativo como a única fonte de direitos e obrigações, excluindo a possibilidade de a própria regra constitucional e os princípios constitucionais atuarem como fonte direta de direitos e deveres. Relembra, a propósito, Ingo Wolfgang Sarlet, com apoio na doutrina clássica, que não é a lei a única fonte do direito, porque o regime, quer dizer, a forma de associação política (democracia social), e os princípios da Constituição geram direitos.<sup>52</sup>

Na mesma linha, assevera Andréas J. Krell que a negação de qualquer obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. O autor adverte que está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações.<sup>53</sup>

Não é outro o entendimento de Sebastião Botto de Barros Tojal, para quem a norma do artigo 5º, inciso II da Constituição Federal há de ser tomada como uma garantia constitucional de ninguém estar obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da ação normativa do Estado. Para o autor, o que garante a legitimidade do comando normativo não é a retórica da legalidade formal mas sim a materialidade desse mesmo comando normativo. Pretender o contrário, isto é, que a lei, como tal formalmente considerada, seja tomada como a única fonte primária de direitos e obrigações importa desprestigiar o próprio texto constitucional, pelo que ele tem de mais caro, vale dizer, a condução do Estado no sentido da edificação de uma nova ordem econômica e social, legítima por seus próprios fundamentos e finalidades.<sup>54</sup>

52 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007. p.98.

53 KRELL, Andréas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (dês) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2002. p.23.

54 TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *A Constituição Dirigente e o Direito Regulatório do Estado Social: o Direito Sanitário*. Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Direito Sanitário e Saúde Pública. V.1. Brasília-DF. Ministério da Saúde. 2003.

Sob essa perspectiva, a lei mencionada no referido artigo não pode ser entendida apenas no sentido de lei formal editada pelo Poder Legislativo, mas no sentido mais abrangente possível, a englobar o ordenamento jurídico como um todo. Nas palavras de José Manuel Sérvulo Correia, a necessidade da reserva de lei seria satisfeita mediante simples reserva de norma jurídica, isto é, uma reserva reportada ao bloco de legalidade no seu conjunto, sem acepção da proveniência parlamentar ou do valor formal legislativo dos preceitos requeridos.<sup>55</sup>

O Pleno do Supremo Tribunal Federal recentemente abriu caminho para a consagração dessa concepção constitucionalizada do princípio da legalidade, ao firmar entendimento no sentido da validade da Resolução nº 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça, em processo no qual se questionava a sua violação ao princípio da legalidade previsto no art. 5º, II da Constituição Federal (Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-6/DF, Relator Ministro Carlos Britto, DJU 01/09/2006). Na ação, discutia-se se o Conselho Nacional de Justiça poderia, mediante edição de resolução administrativa fundada diretamente na Constituição, densificar a aplicação dos princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade aos casos de nepotismo por ela regulados. No voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, destacou-se o real sentido para a Administração Pública da expressão “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” contida no texto constitucional. Com apoio na lição de Hauriou e de García de Enterría, o Ministro Gilmar Mendes deixou assentado que a submissão da Administração Pública à lei não pode significar simplesmente sujeição à lei formal, mas ao ordenamento jurídico como um todo, ou seja, ao “bloco de legalidade”, que compreenderia a Constituição e as normas dela derivadas.<sup>56</sup>

---

55 CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coleção Teses. Almedina, p. 197.

56 Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12-6/DF, Relator Ministro Carlos Britto, DJU 01/09/2006. A propósito, ressaltou o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, que: A idéia da submissão da Administração à lei é, hoje, quase óbvia. No entanto, como ensina GARCÍA DE ENTERRÍA, é preciso ter cuidado para não entender como lei apenas a lei em sentido formal. O conceito de legalidade não faz referência a um tipo de norma específica, mas ao ordenamento jurídico como um todo, o que HAURIU chamava de “bloco de legalidade”. Portanto, quando a Constituição, em seu art. 5º, II, prescreve que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, por “lei” deve-se entender o conjunto do ordenamento jurídico, cujo fundamento de validade formal e material encontra-se precisamente na própria Constituição. Traduzindo em outros termos, a Constituição diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não esteja previamente estabelecido na própria Constituição e nas normas dela derivadas. Assim, é certo que não apenas a lei em sentido formal, mas também a Constituição emite comandos normativos direcionados à atividade administrativa.

Nesse panorama, a idéia de que, no exercício da função normativa, a Administração Pública não pode criar direitos nem impor obrigações aos particulares sem que uma autorização legislativa prévia assim expressamente disponha vem perdendo prestígio, pois, conforme se viu, a própria Constituição em certos casos pode servir de fundamento direto para o Poder Público impor obrigações de fazer ou não fazer aos particulares.

## 5 ATUAÇÃO NORMATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FUNDADA DIRETAMENTE NA CONSTITUIÇÃO

Uma adequada visão constitucional da função normativa da Administração Pública possibilita a admissão de regulamentos autônomos no direito administrativo brasileiro como um instrumento importante na construção de uma doutrina efetiva dos direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais. Essa possibilidade pode ocorrer nas hipóteses em que o Poder Legislativo revelar-se omissivo, ou mesmo nas situações em que a aplicação da Constituição independer de intermediação legislativa, impondo-se a atuação da administração pública como um poder-dever de proteção daqueles direitos humanos. Diógenes Gasparini de há muito entendia que a atribuição regulamentar vai além da mera execução das leis, para em algumas hipóteses, executar a própria Constituição.<sup>57</sup> Nesse sentido, para além da hipótese prevista no art. 84, VI, “e” da Constituição de 1988, desenha-se o reconhecimento implícito de uma função normativa autônoma ou independente da Administração Pública em outros espaços constitucionais, conforme adverte a lição de Gustavo Binbenjy:

[...] a existência do art. 84, VI, “e”, no atual texto da Constituição brasileira, prevendo expressamente a possibilidade de edição de regulamentos autônomos nas hipóteses que menciona, não inibe – assim como jamais inibiu o reconhecimento de outros espaços regulamentares autônomos, implícitos ou explícitos na sistemática da Carta Magna. Admite-se, assim, que em campos não sujeitos a reserva de lei (formal ou material), a Administração Pública possa legitimamente editar regulamentos autônomos, desde que identificado um interesse constitucional que lhe incumba promover ou preservar.

[...] O fundamento de tal poder regulamentar autônomo ou independente é a norma constitucional que atribui diretamente à

57 GASPARINI, Diógenes. *Poder Regulamentar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p.35.

Administração o encargo de preservar ou promover determinado estado de coisas; cumprindo-lhe atuar em tal desiderato, está a Administração implicitamente autorizada pela Lei Maior a editar os atos normativos necessários ao alcance do fim.<sup>58</sup>

Também manifesta-se, nesse sentido, Fabrício Motta, ao afirmar que o ordenamento admite o exercício implícito da função normativa. Observa o autor que a existência de competências implícitas é creditada, sobretudo, à força normativa da Constituição e à vinculação direta da Administração aos seus preceitos, o que possibilita a sua aplicação direta, sem intermediação legislativa em algumas hipóteses.<sup>59</sup> Comunga desse mesmo entendimento Alexandre Santos de Aragão, para quem a Administração tem poder regulamentar implicitamente conferido pela própria Constituição, poder regulamentar este que pode vir a ser extraído até mesmo das normas constitucionais programáticas.<sup>60</sup> Perfilhando esse entendimento, em decisão paradigmática, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região reconheceu a constitucionalidade da Resolução nº 01/2004 do CONSEPE - Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade Federal da Bahia, que, editada com fundamento direto na Constituição, previu a adoção de cotas para alunos que tenham estudado em escolas públicas, com prioridade percentual para aqueles que tenham se declarado pretos ou pardos, assim como, um percentual destinado aos indígenas. Confira-se, a propósito, a ementa do Acórdão:

DIREITO CONSTITUCIONAL. ENSINO. UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. INSTITUIÇÃO, POR RESOLUÇÃO, DE COTAS PARA NEGROS E ÍNDIOS, EGRESSOS DE ESCOLAS PÚBLICAS. CONSTITUCIONALIDADE.

1. Na medida em que a Administração está, pela própria Constituição, vinculada diretamente a outros princípios que não só o da legalidade, transparece não ser pela ausência de lei formal, salvo reserva constitucional específica (não bastando a reserva genérica do art. 5º, II), que deixará de realizar as competências que lhe são próprias.  
2. Se a Constituição dá os fins, implicitamente oferece os meios, segundo o princípio dos poderes implícitos, concebido por Marshall. Os preceitos constitucionais fundamentais, incluídos os relativos aos direitos fundamentais sociais, têm eficácia direta

58 BINENBOJM, Gustavo, *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 315-316.

59 MOTTA, Fabrício. *Função normativa da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum. 2007. p.258.

60 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado Contemporâneo. Rio de Janeiro, *Revista de Direito Administrativo*, n. 225, p.124. jul/set.2001.

e imediata. A constitucionalização da Administração “fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário” (Luís Roberto Barroso). 3. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III, da Constituição). Nesse rumo, os direitos e garantias expressos na 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” (art. 5º, § 2º). A Constituição, ao proteger os direitos decorrentes do regime e dos princípios, “evidentemente consagrou a existência de direitos fundamentais não-escritos, que podem ser deduzidos, por via de ato interpretativo, com base nos direitos fundamentais do ‘catálogo’, bem como no regime e nos princípios fundamentais da nossa Lei Suprema” (Ingo Wolfgang Sarlet). 4. É o caso da necessidade de discriminação positiva dos negros e índios, cuja desigualdade histórica é óbvia, dispensando até os dados estatísticos, além de reconhecida expressamente pela Constituição ao dedicar-lhes capítulos específicos. Não se trata de discriminar com base na raça. A raça é apenas um índice, assim como a circunstância de ter estudado em escola pública. O verdadeiro fator de discriminação é a situação social que se esconde (melhor seria dizer “que se estampa”) atrás da raça e da matrícula em escola pública. Há um critério imediato - a raça - que é apenas meio para alcançar o fator realmente considerado - a inferioridade social. 5. Nas ações afirmativas não é possível ater-se a critérios matemáticos, próprios do Estado liberal, que tem como valores o individualismo e a igualdade formal. Uma ou outra “injustiça” do ponto de vista individual é inevitável, devendo ser tolerada em função da finalidade social (e muitas vezes experimental) da política pública. 6. Apelação a que se nega provimento.<sup>61</sup>

Outra hipótese de atuação normativa derivada diretamente da Constituição é a referente ao exercício do poder-dever de polícia da Administração Pública, que ganha outra dimensão em tema de direitos fundamentais sociais, ambientais e culturais, cujo dever de proteção e efetivação vincula não só o Poder Público, mas também todos os

---

61 Apelação em Mandado de Segurança nº 2006.33.00.008424-9/BA; Relator Desembargador Federal João Batista Moreira. A Turma, por unanimidade, negou provimento à Apelação. Decisão publicada em 17/05/2007 DJ p.71

membros da sociedade.<sup>62</sup> Em tais casos, em face da aplicação imediata dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, a Administração Pública pode, sem necessidade de intermediação legislativa, impor aos particulares obrigações de fazer ou não fazer, a fim de se evitar lesões aos interesses diretamente tutelados pela Constituição. Nesse sentido, ensina Juarez Freitas que:

De fato, em matéria ambiental (mas não só), o princípio da precaução, dotado de eficácia direta, impõe ao Estado Democrático um conjunto de diligências não tegiversáveis, ou seja, a obrigação de salvaguardar o direito fundamental ao meio ambiente sadio, com a adoção de medidas antecipatórias e proporcionais, ainda nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundamentadamente temidos (juízo de verossimilhança).

[...] o princípio da prevenção, no Direito Administrativo, estatui, com aplicabilidade direta, que o Poder Público (além dos particulares, está claro), certo de que determinada atividade implicará dano injusto, está forçada a evitá-la, desde que no rol das atribuições e possibilidades. Dito às claras, presentes os requisitos, o Estado Democrático tem o dever incontornável de agir preventivamente.<sup>63</sup>

Apenas para registrar, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 121140/RJ, considerou constitucional Decreto municipal fundado diretamente na Constituição e editado com vistas a regulamentar a preservação da ordem ambiental e da política de defesa do patrimônio cultural. O acórdão restou assim ementado:

62 A esse respeito, lapidar a lição do eminente Ministro Celso de Mello, em voto proferido no julgamento da ADIN 3.540-1/DF: “O que é importante [...] é que se tenha a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do Homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente. É que a tutela da qualidade do meio ambiente é instrumental no sentido de que, através dela, o que se protege é um valor maior: ‘a qualidade da vida’. Dentro desse contexto, Senhor Presidente, emerge, com nitidez, a idéia de que o meio ambiente constitui patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando-se como encargo irrenunciável que se impõe - sempre em benefício das presentes e das futuras gerações - tanto ao Poder Público quanto à coletividade em si mesma considerada”.

63 FREITAS, Juarez. *O Princípio Constitucional da Precaução e o Dever Estatal de Evitar Danos Juridicamente Injustos*. In *Revista Eletrônica da OAB - Conselho Federal* n. 01, março/abril de 2008. Disponível em: <http://www.oab.org.br>. Acesso em: 30 ago. 2008.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRÉDIO URBANO: PATRIMÔNIO CULTURAL E AMBIENTAL DO BAIRRO DO COSME VELHO. DECRETO MUNICIPAL 7.046/87. COMPETÊNCIA E LEGALIDADE. 1. Prédio urbano elevado à condição de patrimônio cultural. Decreto Municipal 7.046/87. Legalidade. Limitação administrativa genérica, gratuita e unilateral ao exercício do direito de propriedade, em prol da memória da cidade. Inexistência de ofensa à Carta Federal. 2. Conservação do patrimônio cultural e paisagístico. Encargo conferido pela Constituição (EC 01/69, artigo 15, II) ao Poder Público, dotando-o de competência para, na órbita de sua atuação, coibir excessos que, se consumados, poriam em risco a estrutura das utilidades culturais e ambientais. Poder-dever de polícia dos entes estatais na expedição de normas administrativas que visem a preservação da ordem ambiental e da política de defesa do patrimônio cultural. Recurso extraordinário conhecido e provido.<sup>64</sup>

Delineia-se, assim, no direito público contemporâneo, uma ampla possibilidade de atuação normativa autônoma da Administração Pública em setores nos quais a sua intervenção direta seja exigida para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais. Embora já se tenha no Brasil leis ordinárias regulamentando tais direitos, nem sempre a atuação administrativa vai se fundamentar em lei específica, decorrendo, no mais das vezes, da Constituição, de seus princípios constitucionais e dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, cuja aplicação vincula diretamente os órgãos da Administração Pública.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo, sem pretensões de esgotar todos os aspectos e problemas que o complexo tema da eficácia dos direitos fundamentais

64 A propósito, vale registrar as pertinentes observações lançadas pelo Ministro Francisco Rezek, por ocasião da prolação de seu voto: “Cuida-se de submeter determinados imóveis, em determinados pontos do Rio de Janeiro, a determinada disciplina. Por sua natureza, isso me parece próprio do Poder Executivo, cuja autoridade, para tanto, resulta diretamente da Constituição. [...] A questão é uma só, e não há nada mais em discussão neste recurso extraordinário. É saber se o Poder Público (o detalhe é importante: pela voz do Executivo) pode estabelecer posturas, endereçá-las a determinados prédios, em determinada área do cenário urbano; se ele pode fazê-lo, tirando sua autoridade da Constituição da República, ou se ele depende de uma lei no nível próprio no complexo federal – no caso ele dependeria de uma lei municipal, dando-lhe autoridade para isso. [...] O Poder Público, no plano municipal, não precisa mais nada além daquilo que a Constituição estabelece, sobre o zelo que ele há de ter pela preservação de certos valores ambientais urbanos”.

sociais, econômicos, culturais e ambientais suscita no pensamento jurídico contemporâneo, pretendeu demonstrar a necessidade de se construir uma doutrina efetiva desses direitos fundamentais, focalizando a questão sob o prisma da Administração Pública.

Nesse sentido, a aplicação direta do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais pela Administração Pública pode ser vista como uma possível alternativa para se contornar a crise de efetividade pela qual vem passando a Constituição, prestes a completar 20 anos de sua promulgação. Urge, assim, não deixar ao exclusivo arbítrio do Poder Legislativo a tarefa de concretizar tais direitos fundamentais, sobretudo quando se tem presente a idéia de que as leis gerais e abstratas não eliminam o problema do Direito, antes, na verdade, elas inauguram o problema do Direito moderno, que é precisamente a aplicação de normas a situações sempre individualizadas e concretas<sup>65</sup>.

A dinâmica dos fatos e da vida social inviabiliza o Poder Legislativo de enumerar todas as hipóteses legais em que a Administração Pública deve intervir nas situações concretas. Eventual ausência de previsão legal ou orçamentária não poderá obstar a atuação administrativa destinada a fornecer o mínimo de condições de vida digna aos cidadãos, sob pena de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. O descumprimento dos deveres estatais, inclusive de precaução, mostra-se ofensivo à Constituição, devendo-se observar que os direitos fundamentais vinculam de modo cogente e, vez por todas, devem assumir o primado nas relações publicistas.<sup>66</sup>

Conforme lembra Juarez Freitas, o intérprete sistemático tem o dever de completar o trabalho do legislador, atento às exigências situadas além das abordagens lógicas estritas. Atua, em regra, como legislador negativo e administrador negativo, embora o sistema possa requerer que, havendo omissão dos demais Poderes, positive o Direito, por exceção, com força prestacional positiva.<sup>67</sup> Nesse sentido, pode-se concluir, com Carlos Ari Sundfeld, que o que caracteriza o

65 CARVALHO NETTO, Menelick de. Uma reflexão acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei como expressão da dinâmica complexa dos princípios em uma comunidade constitucional – os influxos e as repercussões constitucionais da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional. Salvador. Nº 01 – Março/Abril/Maio de 2007. Disponível em : <<http://www.direitopublico.com.br>> . Acesso em: 05. set.2008.

66 FREITAS, Juarez. O Princípio Constitucional da Precaução e o Dever Estatal de Evitar Danos Juridicamente Injustos. In Revista Eletrônica da OAB. Editora- Conselho Federal – n. 01, março/abril de 2008. Disponível em: <<http://www.oab.org.br>>. Acesso em: 30 ago.2008.

67 FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito. Malheiros, 2004. p.77.

direito administrativo é a submissão da Administração ao direito, não necessariamente à lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo nacional.<sup>68</sup>

Assim, para a realização dos direitos fundamentais sociais, econômicos, culturais e ambientais, o Estado de Direito pode prescindir da subordinação do ato administrativo à lei e do Executivo ao Legislativo. Basta preservar em vigor o dogma de que o ato da Administração não pode ser fruto do capricho (mesmo que não haja uma lei a sujeitá-lo). Para o sistema funcionar, na prática, é preciso um símbolo indicando a impossibilidade de o Executivo agir arbitrariamente. Esse símbolo, ainda hoje é a lei, mas é possível trocá-lo por espécie normativas outras<sup>69</sup>, como por exemplo, a Constituição, os princípios constitucionais explícitos e implícitos e os tratados e convenções internacionais de direitos humanos.

Por outro lado, se a existência de intermediação legislativa já não se apresenta mais como imprescindível à aplicação dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais pela Administração Pública, a participação popular na atuação administrativa revela-se fundamental para a legitimidade de seus atos. Sob tal aspecto, conforme anota Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a legitimação, que dantes somente ocorria pela via da democracia indireta, passa a derivar diretamente da vontade dos cidadãos por inúmeras vias participativas. o Estado Contemporâneo não está hoje limitado a editar sempre normas gerais e abstratas e, por isso, hierarquizáveis, passando-se a admitir a possibilidade de negociar o melhor modo de realizar concretamente o interesse público, o que abre espaços para a edição de normas mais adequadas a essa realização, revestida da legitimação também concreta, como hoje permitem modernos instrumentos da publicidade, da visibilidade e da participação.<sup>70</sup>

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado Contemporâneo. Rio de Janeiro, *Revista de Direito Administrativo* n. 225, jul/set.2001;

---

68 Ibid.

69 SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na Era do Direito Global. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. 1, n. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

70 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.40.

\_\_\_\_\_. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto, *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*, Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 09, março/abril/maio 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

\_\_\_\_\_. Poder Executivo. Lei Inconstitucional. Descumprimento. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. vol. 181/182. jul/dez. 1990.

\_\_\_\_\_. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Uma reflexão acerca dos direitos fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei como expressão da dinâmica complexa dos princípios em uma comunidade constitucional – os influxos e as repercussões constitucionais da Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001. *Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*. Salvador. Nº 01 – Março/Abril/Maio de 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso 05 set. 2008 .

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina.

CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de Administração e Separação de Poderes. In *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

DANTAS, Davi Diniz. *Interpretação Constitucional no Pós-positivismo. Teoria e Casos Práticos*. São Paulo: Madras Ltda. 2005.

SAULE JUNIOR, Nelson. *A Proteção Jurídica da Moradia nos Assentamentos Irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2004.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. O Princípio Constitucional da Precaução e o Dever Estatal de Evitar Danos Juridicamente Injustos. In *Revista Eletrônica da OAB Editora- Conselho Federal* – n. 01, março/abril de 2008. Disponível em: <<http://www.oab.org.br>>. PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*: Max Limonad. 1998.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad. 2000.

GASPARINI, Diógenes. *Poder Regulamentar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *O Direito Posto e Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros. 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1988.

KRELL, Andréas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (dês) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais Sobre Justiça Social. *Revista de Direito Público*, n. 57/58. São Paulo. janeiro/junho de 1981.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, 2. ed. Coimbra.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOREIRA, Vital, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. vol. I, Coimbra: Coimbra, 2007.

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

MÜLLER Friedrich. O Novo Paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O Direito à Educação*. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar. 2002.

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

PORT, Otávio Henrique Martins. *Os Direitos Sociais e Econômicos e a discricionariedade da administração pública*. São Paulo: RCS, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgan. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgan, Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica n. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra: Almedina.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2004.

\_\_\_\_\_. *Ontem, os códigos; hoje, as Constituições: o papel da hermenêutica na superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo*. In *Direito Constitucional Contemporâneo*. Estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte. Del Rey. 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *A Administração Pública na Era do Direito Global*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ- Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. 1, n. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>.

TAMER, Sérgio Victor. *Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias*. Um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais. Porto Alegre: Ségio Antonio Fabris. 2005.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *A Constituição Dirigente e o Direito Regulatório do Estado Social: o Direito Sanitário*. Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Direito Sanitário e Saúde Pública. V.1. Brasília-DF. Ministério da Saúde. 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. São Paulo: Saraiva, 2006.