

## **PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA: ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA *CONTRA LEGEM***

Artur Resende Lara Chaves <sup>1</sup>

Marciney José Resende <sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo geral a delimitação dos parâmetros que justifiquem a não aplicação da lei por parte da Administração Pública, tendo por fundamento a alegação de inconstitucionalidade da norma. Como metodologia o artigo utilizou o método dedutivo, tendo como fonte primordial a pesquisa bibliográfica desenvolvida a partir da consulta de diversos títulos da área das ciências jurídicas, tais como, leis, livros publicados e artigos. Conclui-se, portanto, com base nas teorias apresentadas e de acordo com a metodologia utilizada, que a juridicidade tem a força de dar legitimidade aos atos administrativos que neguem cumprimento de uma lei. No entanto, não basta a mera avaliação de oportunidade e/ou conveniência do administrador, mas sim a demonstração de que o cumprimento de determinada lei afronta diretamente a supremacia Constitucional.

**Palavras-chave:** Princípios administrativos, constitucionalidade administrativa, legalidade, juridicidade, Direito Administrativo.

### 1 Introdução

As ideias jurídicas vigentes sofrem, inevitavelmente, influência do ambiente cultural a que estão expostas. A legislação se cria e se amolda a sua época de criação. Pelo princípio da legalidade o ente público está engessado, tendo que lidar com as demandas do presente enquanto está vinculado à legislação que reflete o passado.

No entanto, com a evolução do direito, a legalidade cede espaço para a juridicidade administrativa. A juridicidade consiste na submissão da Administração Pública ao Direito, analisado como um todo, e não somente à norma positivada. Nesse sentido, a juridicidade engloba três expressões distintas: o princípio da legalidade, o da legitimidade e o da moralidade.

Com essa nova ideia que denominamos de juridicidade administrativa, surgem questões relevantes de como deve ser a atuação da Administração Pública ao se deparar com leis que possam afrontar o ordenamento jurídico. Deve a administração cumprir fielmente o mandamento legal (como prega o princípio da legalidade) ou deve agir com mais liberdade e questionar a aplicabilidade dessa lei? A juridicidade administrativa serviria de parâmetro para justificar a não aplicação da lei por parte da Administração Pública, tendo por fundamento a alegação de inconstitucionalidade da norma? Quais seriam os limites para a Administração

---

<sup>1</sup> Graduando no curso de Direito do Centro Universitário Tancredo de Almeida Neves - UNIPTAN

<sup>2</sup> Graduando no curso de Direito do Centro Universitário Tancredo de Almeida Neves - UNIPTAN

Pública negar cumprimento, por ato próprio, de uma lei que considere inconstitucional?

A pesquisa analisará a aplicação do princípio da juridicidade administrativa à Administração Pública, defendendo sua atuação *contra legem*. Buscará estabelecer os elementos necessários que permitam essa conduta. Para tanto, serão analisados os princípios da legalidade (em sua conceituação clássica), da legitimidade, da moralidade e da juridicidade.

Como metodologia o artigo utilizou o método dedutivo, tendo como fonte primordial a pesquisa bibliográfica desenvolvida a partir da consulta de diversos títulos da área das ciências jurídicas, tais como, leis, livros publicados e artigos.

Como resultado, tomando por base a metodologia utilizada e as pesquisas doutrinárias realizadas com diversos autores, tais como Hely Lopes Meirelles, Gustavo Binbenbujm, Celso Antônio Bandeira de Mello e Paulo Otero, fica demonstrado que a juridicidade tem a força de dar legitimidade aos atos administrativos que neguem cumprimento de uma lei. Contudo, para tomar tal atitude não basta a mera avaliação de oportunidade e conveniência do administrador, mas sim a demonstração de que o cumprimento da lei afronta diretamente a supremacia Constitucional.

O trabalho é apresentado em três tópicos. No primeiro, são traçados os conceitos de princípios administrativos, seu surgimento, contexto histórico e a evolução do princípio da legalidade até o surgimento do princípio da juridicidade administrativa.

No tópico seguinte é demonstrado como ocorreu a constitucionalização do direito, especialmente do Direito Administrativo. Como a lei perde o papel de destaque como normal central do ordenamento jurídico (o que denominamos como a crise da lei) e foi substituída pela Constituição (o constitucionalismo do direito). Demonstra-se também como essa mudança de paradigma deu força ao princípio da juridicidade enquanto esvaziou o princípio da legalidade.

No tópico final é analisado o princípio da juridicidade com maiores detalhes e como esse princípio permite e justifica a atuação da Administração Pública *contra legem*. Por fim, as considerações finais estão reservadas para as conclusões da pesquisa, através da definição de critérios que servem de apoio para o administrador público possa atuar contra a lei.

## 2 Princípios administrativos: da legalidade à juridicidade

Princípios são proposições genéricas que servem de fundamento e inspiração para o legislador na elaboração da norma positivada, atuando também como forma de integração da norma, suprimindo as lacunas e omissões da lei, exercendo, ainda, importante função, operando como baliza orientadora na interpretação de determinado dispositivo pelo operador de direito.

O princípio da legalidade administrativa, em seu conceito clássico trabalhado por diversos autores, como Hely Lopes Meirelles, consiste em a administração pública poder fazer tão somente o que lhe é permitido por lei. A previsão legal é pressuposto de atuação da administração, ocorrendo uma inteira sujeição da administração pública à lei.

Essa limitação imposta ao Estado é característica da época de surgimento do Direito Administrativo, que tem como momento mais marcante as revoluções burguesas, que marcam a passagem do Estado Absolutista para o Estado Democrático de Direito. Naquele momento, que marca a passagem do Antigo Regime, todos os poderes eram concentrados nas mãos do soberano e o povo reivindica uma forma de limitação ao poder do estatal. Assim, a sujeição do Estado às leis é vista como uma maneira de garantir os direitos dos cidadãos, pois o Estado estaria subordinado à vontade heterônima do Poder Legislativo. Assim, a legalidade administrativa remonta ao liberalismo sustentado na limitação do Estado para proteção dos cidadãos.

Entretanto, a lei é incapaz de antever todos os atos da administração e o princípio da legalidade mostra-se insuficiente para garantir os direitos do cidadão. O grande número de exceções de aplicação da lei para os casos que envolvam o Estado acaba por ser uma forma de sobrevivência das regras características do Antigo Regime do que sua superação. Nesse sentido, Binenbojm (2014, p.11):

A associação da gênese do direito administrativo ao advento do Estado de direito e do princípio da separação de poderes na França pós-revolucionária caracteriza erro histórico e reprodução acrítica de um discurso de embotamento da realidade repetido por sucessivas gerações (...). O surgimento do direito administrativo, e de suas categorias jurídicas peculiares (supremacia do interesse público, prerrogativas da Administração, discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo, dentre outras}, representou antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação. A juridicização embrionária da Administração Pública não logrou subordiná-la ao direito; ao revés, serviu-lhe apenas de revestimento e aparato retórico para sua perpetuação fora da esfera de controle dos cidadãos.

Nota-se que, desde a concepção inicial do Direito Administrativo, a sujeição do poder estatal às leis não foi o que se esperava. Essa situação se agrava ao longo dos anos e, com a evolução do direito, a sujeição do Estado ao princípio da legalidade o torna cada vez mais engessado e incapaz de atender às demandas do povo. A lei passa por uma crise e se vê, então, a necessidade de revisitar o conceito de legalidade à fim de torná-lo mais abrangente. A limitação imposta ao Estado pelo princípio da legalidade não é mais suficiente para atender aos

anseios da sociedade, que passa a exigir uma releitura desse princípio sob a perspectiva do Direito Administrativo Constitucional.

Buscando dar novo significado para o princípio da legalidade, surge o princípio da juridicidade administrativa, que pode ser entendido como a subordinação do Direito Administrativo a todo o ordenamento jurídico e não apenas a literalidade do texto legal. Nessa perspectiva, a juridicidade administrativa prega que a atuação do agente público deve ser pautada em todo o ordenamento, em especial na constituição e seus princípios fundamentais, e não apenas na lei em sentido estrito. Ou seja, uma lei que esteja em desconformidade com as regras constitucionais deve ser rejeitada.

Nessa passagem da atuação da Administração Pública conforme o princípio da legalidade estrita para a observância das premissas constitucionais, buscando atuar conforme o Direito Administrativo Constitucional, o princípio da legalidade cede espaço para o princípio da juridicidade administrativa. Enquanto a legalidade estrita é a total subordinação ao texto legal, a juridicidade administrativa é a submissão ao Direito. Sob esse ponto de vista, a juridicidade administrativa é tida como um princípio maior, mais abrangente, que engloba três expressões distintas: a legalidade, a legitimidade e a moralidade.

Em relação ao princípio da legalidade, Meirelles (2014, p.90) diz:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Enquanto a legalidade cuida da vontade juridicamente positivada, o princípio da legitimidade vincula-se diretamente ao conteúdo democrático do Estado de Direito, uma vez que se trata da vontade democraticamente expressa como condicionante de agir do Estado. Nesse sentido, Moreira Neto (2014, p.150):

A legitimidade se deriva diretamente do princípio democrático, destinada a informar fundamentalmente a relação entre a vontade geral do povo e as suas diversas expressões estatais – políticas, administrativas e judiciárias. Trata-se de uma vontade difusa, captada e definida formalmente a partir de debates políticos, de processos eleitorais e de instrumentos de participação política dispostos pela ordem jurídica, bem como captada e definida informalmente pelos veículos abertos à liberdade de expressão das pessoas, para saturar toda a estrutura do Estado democrático, de modo a se tornar necessariamente informativa, em maior ou menor grau, conforme a hipótese aplicativa, do exercício de todas as suas funções e em todos os níveis em que se deva dar alguma integração jurídica de sua ação.

Como terceiro, e última vertente do princípio da juridicidade, temos o princípio da moralidade. Segundo esse princípio, o Estado não deve apenas buscar o cumprimento da lei, mas atuar em conformidade com princípios éticos em tudo que faz. Nesse sentido, Mello (2014, p.122-123) aponta:

De acordo com ele, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreende-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé (...). Segundo os cânones da lealdade e da boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e clareza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, evadido de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.

Por fim, tratando do princípio da juridicidade, Moreira Neto (2014) diz que a submissão do agir ao Direito é a essência da juridicidade, tratando-se de uma regra em sociedades livres. Segue, afirmando que, se a liberdade é regra para os indivíduos, a submissão do agir ao Direito é mandatória, pois o Poder Público jamais pode atuar fora de suas pautas. O princípio da juridicidade corresponde ao princípio da legalidade quando tomado em sentido amplo, ou seja, não se restringe à mera submissão à lei.

Com essa nova ideia de legalidade, mais abrangente, e que denominamos de juridicidade, surgem questões relevantes de como deve ser a atuação da administração pública ao se deparar com leis que possam afrontar o ordenamento jurídico. Deve a administração cumprir fielmente o mandamento legal (como prega o princípio da legalidade) ou deve agir com mais liberdade e questionar a aplicabilidade dessa lei? É certo que a administração pública tem meios de questionar a validade das normas por via judicial ou propondo novos projetos de lei, a fim de solucionar eventuais controvérsias que levem à incompatibilidade daquela lei com o restante do ordenamento jurídico. Mas, e durante esse tempo? Deve ficar a administração pública sujeita ao mandamento legal e se tornar refém de seu texto até o pronunciamento judicial ou tem legitimidade para, por meios próprios, determinar a inaplicabilidade de uma lei?

Antes de adentrar mais detalhadamente nessa questão bastante controversa e de fundamental importância, faz-se necessário entender como se deu essa mudança de paradigma dentro do Direito Administrativo, onde as leis deixam de ser o centro do ordenamento jurídico cedendo seu espaço para a constituição.

### 3 A crise das leis e a constitucionalização do Direito Administrativo

O princípio da legalidade surgiu dos anseios que precederam a Revolução Francesa. Com o constante medo da população em retornar para o antigo modelo de Estado, em que o rei mandava e suas ordens não podiam ser questionadas, o povo exigiu a subordinação do Estado ao direito.

A passagem do Estado Absolutista para o Estado de Direito foi marcada pela positivação das normas, de forma que o Estado exerceria uma autocontenção, assegurando ao povo que o criou a certeza em atuar sempre *secundum legem*, jamais *praeter legem* ou *contra legem*. Dessa forma, a atuação do Estado se daria em consonância com a vontade do povo expressa através das leis, e não mais por mera vontade do soberano. A lei seria, à época, o fruto da razão e deveria regular todos os fatos da vida.

Assim, com o triunfo do positivismo jurídico, passou-se a uma fase estritamente legalista, onde a lei era o modelo a ser seguido. Não havia margem à interpretação, a lei devia ser aplicada em seu sentido literal. O Direito Administrativo surge nessa época e, assim como os demais ramos do Direito, é proposto com a concepção da legalidade em seu sentido mais estrito, onde o administrador público está intimamente ligado a lei, sendo um mero aplicador da norma, sem análise de oportunidade ou conveniência senão quando autorizado pela própria lei.

Apesar de falho desde sua concepção, o modelo legalista prevalece e segue até a chamada crise da lei, que deixa de ser vista como expressão de vontade do povo. A lei foi incapaz de atender aos anseios do Estado Liberal, situação que se agrava com o surgimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão, que exigem do Estado uma atuação em favor do povo e não mais mera abstenção, como ocorria com os direitos de primeira dimensão. Binenbojm (2014) diz que de forma didática, podemos falar em cinco principais razões que levaram a crise da lei e, conseqüentemente, da legalidade administrativa em sentido estrito, quais sejam: i) proliferação ou inflação legislativa; ii) constatação histórica de que a lei pode servir de propagação da injustiça; iii) esvaziamento da legalidade; iv) criação de atos normativos infraconstitucionais capazes de servirem de fundamento para a atuação administrativa; e v) mesmo não tendo a atribuição normativa que necessita, o Estado acaba por controlar o processo legislativo, seja por meios legítimos ou não. Das razões apontadas pelo autor, merecem destaque as três primeiras.

A primeira razão seria de ordem fática e corresponderia à proliferação exagerada das leis. Como a lei tinha a pretensão de regular todos os atos da vida civil, as complexidades das

relações sociais serviram de terreno fértil para a criação de um número quase sem fim de leis, tornando o ordenamento um tanto quanto confuso e, contraditoriamente, incompleto. Os parlamentares começaram a tratar todos os assuntos por meio de leis, gerando a banalização do instrumento legal, interferindo diretamente na segurança jurídica e estabilidade das relações sociais.

A segunda razão foi a constatação histórica de que a lei poderia veicular à injustiça, servindo de fundamento para a barbárie. O autor diz que, em uma concepção rousseauiana, toda lei é válida independentemente de seu conteúdo, desde que seja dotada de generalidade e abstração. Como a lei é tida como expressão da vontade do povo, deveria se deduzir que é justa, pois ninguém é injusto consigo mesmo. No entanto, grandes atos de barbárie foram cometidos com a devida previsão legal, como por exemplo os atos nazistas e fascistas, que eram previstos em leis. Tais atrocidades fizeram com que a superioridade moral da lei começasse a ruir.

A terceira razão é que a lei deixou de ser a principal e mais importante forma de manifestação da vontade do povo. Diante do fracasso da lei e seu esvaziamento, as esperanças de liberdade e justiça do povo passam a ser depositados no constitucionalismo. Binenbojm (2014, p.135) diz que “o constitucionalismo é o grande vitorioso diante do colapso do legalismo”.

Nesse cenário, as normas constitucionais começaram a ganhar espaço no ordenamento jurídico. Ao contrário das leis que são essencialmente positivadas, as normas constitucionais baseiam-se em regras gerais positivadas e princípios. A lei perdeu seu *status* de supremacia na criação do direito, tornando-se apenas mais uma fonte dentre tantas outras no ordenamento jurídico, e cede seu espaço para a constituição e seus princípios.

Dessa forma, ocorre a constitucionalização do Direito Administrativo. A Constituição torna-se norma central, direta e imediata, capaz de figurar como fonte interpretativa obrigatória para a atuação estatal. A atuação do administrador público continua a ser pautada pela previsão legal, mas com observância dos fins constitucionais.

Como visto, o fenômeno da constitucionalização atinge diretamente o Direito Administrativo, elevando a Constituição ao patamar de norma fundamental e de observância obrigatória, passando a ser norma diretamente habilitadora da atuação do direito administrativo. Nesse sentido, Binenbojm (2014, p.137):

Com efeito, a Constituição se presta (i) não só como norma direta e imediatamente habilitadora de competências administrativas, como também (ii) serve de critério imediato de decisão administrativa. A Constituição, porém, não só é fonte direta de habilitação de competências administrativas,

como funciona também como *critério imediato de tomada de decisões pelo administrador*.

(...)

O administrador público, por seu turno, é valorizado, pois se torna um aplicador direto da Constituição e não apenas da lei, como tradicionalmente concebido. Assim, por exemplo, diante de uma determinada tomada de decisão discricionária, deverá ter preferência a alternativa que melhor atenda aos princípios da moralidade ou da eficiência (art. 37, caput), podendo ser ainda necessário que tais princípios sejam ponderados, o que esvazia significativamente o espaço de conveniência e oportunidade administrativas. **Além disso, já não é de hoje que se entende existir o dever da Chefia do Poder Executivo em negar aplicação a lei reputada inconstitucional, por decisão auto executória (daí não haver aplicação cega, de ofício, da lei).** (grifo nosso).

O Direito Administrativo, atualmente, encontra-se intimamente ligado ao texto constitucional, pois este serve como base interpretativa e critério de validade de seus atos. Nessa perspectiva, se incorporam ao direito administrativo os direitos fundamentais previstos na constituição, existindo ou não previsão legal. Otero (2003, p.741) enumera quatro situações importantes:

- (1). Na falta ou ausência de lei, os órgãos administrativos encontram-se adstritos a implementar e aplicar tais normas no exercício da respectiva actividade;
- (2). Mesmo existindo lei, as normas constitucionais em causa surgem como critério orientador imediato da interpretação, integração e aplicação de todos os actos infraconstitucionais por parte da Administração Pública, especialmente no âmbito do exercício de poderes discricionários, concretização de conceitos indeterminados ou preenchimento de cláusulas gerais;
- (3). **Perante leis ostensivamente violadoras de tais direitos fundamentais, a Administração Pública encontra-se vinculada a preferir a Constituição à lei, desaplicando as respectivas leis feridas de inconstitucionalidade**
- (4). A violação administrativa do conteúdo essencial de um direito fundamental acarreta sempre a nulidade dos respectivos atos jurídicos, expressando uma manifestação da especial vinculatividade directa e imediata dos órgãos administrativos às normas de direitos fundamentais. (Grifo nosso)

Muito além da simples observação do texto legal, como prega o princípio da legalidade, a atuação do Direito Administrativo será dotada de validade, legitimidade e será justificável quando condizente com o sistema de regras e princípios constitucionais, de maneira geral, e com os direitos fundamentais, em particular. A da dignidade humana e a preservação dos direitos fundamentais estão, inegavelmente, presentes em nosso ordenamento jurídico e são o fator decisório para a constitucionalidade do Direito Administrativo.

#### 4 Princípio da juridicidade administrativa e atuação da Administração Pública

Como vimos, com os processos de deslegalização e constitucionalização do direito, o princípio da legalidade administrativa passa por uma releitura sob a ótica constitucional, chegando a um conceito muito mais abrangente, o qual a doutrina convencionalmente chama de juridicidade administrativa. Nesse sentido:

O princípio da legalidade transveste-se em princípio da juridicidade, pois está subordinado à Constituição. Por essa forma, sentido e alcance, o administrador deverá atuar tendo como fonte direta e imediata a Constituição, posta e pressuposta pelo e no sistema de regras e princípios de vertentes axiológicas. (BORSIO; PINTO; MAIA FILHO, 2017, p.78.)

Com essa mudança, a Administração Pública passa a ser vinculada a todo o ordenamento jurídico e não mais somente à lei no sentido de norma positivada. Os atos administrativos não buscam respaldo somente na lei, uma vez que o positivismo legalista está superado. Na atualidade, a legalidade encontra-se em princípios e regras trazidos pela Constituição.

Com a finalidade de dar efetividade e tornar-se eficaz em sua atuação, a Administração Pública se vale diretamente das normas constitucionais. Desse modo, conclui-se que o Direito Administrativo Constitucional prefere a juridicidade à legalidade, uma vez que se compromete com os direitos do ser humano e com valores democráticos do próprio Estado. Pode-se afirmar que o Estado de Direito tem como fundamentos de validade valores constitucionais, que não se restringem meramente ao formalismo jurídico do princípio da legalidade, mas também ao princípio da constitucionalidade.

Em regra, a Administração deve atuar *secundum legem*, ou seja, em sua atuação a Administração deve observar os ditames legais. Com a constitucionalização do Direito Administrativo, a atuação do Estado também pode ser *praeter legem* (além da lei), pois como o administrador pode buscar fundamento de atuação diretamente na constituição, independente de norma legal, poderá atuar além da lei.

##### 4.1 Juridicidade administrativa *contra legem*

Assim, também por força da juridicidade administrativa, os atos administrativos que neguem cumprimento de uma lei são reconhecidos pela doutrina e jurisprudência, ou seja, a juridicidade administrativa permite uma atuação *contra legem* da administração pública para a prática de atos concretos e de efeitos específicos, sob o fundamento da aplicação de regras e princípios constitucionais. Para tanto, não basta a mera avaliação de oportunidade e/ou

conveniência do administrador, mas sim a demonstração de que o cumprimento daquela lei afrontaria a Constituição.

A atuação da Administração Pública *contra legem*, tomando por base o princípio da juridicidade, significa reconhecer a validade jurídica dos atos administrativos praticados em desconformidade com a lei, mas com observância dos ditames constitucionais. Essa atividade contra a lei se dá através da ponderação e sopesamento dos princípios da legalidade, moralidade e legitimidade, assim como da observância da dignidade da pessoa humana e respeito aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição.

Assim, antes de aplicar a norma, a administração tem o poder/dever de analisá-la em conjunto com todo o ordenamento jurídico, princípios norteadores do direito, a Constituição e demais atos regulamentares a que está vinculada, encontrando respaldo para, através de ato próprio, negar cumprimento a essa lei que afronta o ordenamento jurídico. Essa é uma das consequências da perda de posição central das leis no ordenamento jurídico e sua transformação em apenas mais uma fonte do direito.

Na atual realidade, a administração pública deve fundamentar toda a sua atuação nas normas constitucionais, encontrando respaldo para poder negar cumprimento de leis que afrontem a Constituição, de forma autoexecutória. No mesmo sentido, Binenbojm (2014) defende que o princípio da juridicidade dá à Administração Pública o reconhecimento de validade jurídica de atos praticados em desconformidade com a lei, porém ancorados na constituição, e conclui:

Enfrentando embora diversos e autorizados entendimentos em sentido contrário, sustentei em outro trabalho (Gustavo Binenbojm, A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira, 2004, p. 188 e ss.) – e reafirmo aqui – **a possibilidade de repúdio à lei havida por inconstitucional pelo Poder Executivo (bem como pelos demais Poderes, quando no exercício de funções administrativas), independentemente de qualquer pronunciamento judicial prévio.** Com efeito, fundando-se juridicamente a atividade administrativa direta e primariamente na Constituição, não há como negar à Administração Pública a condição de intérprete e executora da Lei Maior. E, se assim, é, corolário lógico de tal condição é a possibilidade (e, de resto, o dever jurídico) de deixar de aplicar leis incompatíveis com a constituição, sob pena de menoscabo à supremacia constitucional. (Grifo nosso) (BINENBOJM, 2014, p.184).

A administração pública está diretamente vinculada à Constituição, sendo seu dever zelar pela sua supremacia. Assim, diante de uma lei que afronte a Constituição, a administração pública tem o dever de ordenar o seu não-cumprimento para a preservação da superioridade da norma constitucional.

A existência de um controle de constitucionalidade, tendo como legitimados algumas das autoridades administrativas (não são todas, pois somente o presidente e os governadores são legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, conforme art. 103, da CRFB/88) não pode ser tido como impeditivo da atuação da administração *contra legem*, pois embora caiba ao Supremo Tribunal Federal a última palavra sobre a constitucionalidade ou não de uma norma, ele não possui o monopólio da interpretação e aplicação da Constituição. Além disso, não pode a administração deixar de ser refém da lei para ficar refém da espera de um pronunciamento judicial.

Entretanto, ao passo que a Administração Pública não pode ser refém do texto legal, não pode também agir com total discricionariedade. Em toda a sua atuação, e principalmente quando atuar *contra legem*, a Administração deve observar atentamente as normas e princípios constitucionais. Assim, para deixar de cumprir uma lei através de ato próprio e tendo por base o princípio da juridicidade, o administrador deve identificar a afronta da lei à Constituição e justificar como o cumprimento da lei seria mais prejudicial do que seu não cumprimento. Para tanto, esquematizamos um curto roteiro que acreditamos ser de observância fundamental para o administrador público:

1. determinar que a lei afronta diretamente o texto constitucional, ou os princípios constitucionais;
2. atuar visando a preservação da superioridade hierárquica da Constituição;
3. promover, após determinar a não aplicabilidade da lei através de ato próprio, à ação direta de inconstitucionalidade (quando legitimado) para que o Supremo Tribunal Federal decida sobre o tema; e
4. quando inviável propor a ação direta de inconstitucionalidade, por não ser legitimado (como no caso dos prefeitos), recorrer a outros meios para regularizar a situação (seja propondo reformas legislativas ou provocando o poder judiciário).

#### 5 Atuação *contra legem* no município de Resende Costa: Decreto Nº 65, de 27 de abril de 2015

No município de Resende Costa, em 20 de outubro de 1993, foi promulgada a Lei Municipal nº 2.092, que instituiu o estatuto do servidor público do município. O capítulo XI da referida lei tratava da aposentadoria do servidor público municipal, que era regido pelo Regime Geral de Previdência Social, gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Em seu art. 133, a Lei Municipal 2.092/1993 previa que o servidor público municipal aposentado teria

seus proventos permanentemente equiparados e iguallados aos dos servidores da ativa, nos seguintes termos:

Art. 133 – Os proventos do servidor Municipal aposentado serão permanentemente equiparados e iguallados aos dos servidores em atividades, no cargo ou função correspondente.

§ 1º. – Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda ou qualquer outro fator, se modificar a remuneração da atividade, revisão que observará as mesmas bases e os mesmos percentuais.

Por anos a lei foi cumprida e todo servidor público municipal aposentado recebia uma complementação salarial ao benefício recebido do INSS em cumprimento ao art. 133 do estatuto (Lei Municipal 2.092/1993).

Em novembro de 2014, o Ministério Público Estadual, entendendo que a legislação municipal estabelecia o pagamento de benefício de seguridade social sem a indicação da correspondente fonte de custeio total, e que isso afrontaria o art. 195, §5º, da Constituição Federal, que determina “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”, recomendou ao Prefeito Municipal de Resende Costa a adequar a situação.

Diante de tal situação, em 27 de abril de 2015, o Prefeito Municipal editou o Decreto Nº 65, que “suspende a concessão de benefício previsto na Lei Municipal nº 2.092, de 30 de dezembro de 1.993 e dá outras providências”. Considerando a recomendação do Ministério Público Estadual e entendendo pela inconstitucionalidade do art. 133 da Lei Municipal, o Prefeito Municipal decidiu que, embora se tratar de uma lei, não poderia continuar a cumpri-la sem ofender a Constituição, razão pela qual editou o Decreto para negar-lhe cumprimento, independentemente de qualquer pronunciamento judicial prévio.

Na mesma ocasião que emitiu o Decreto, o Prefeito contratou serviços atuariais e de consultoria especializada para propor a reforma do Estatuto do Servidor Público Municipal e o estudo de viabilidade para a criação de um regime de Previdência Próprio, dada a incompatibilidade do Regime Geral de Previdência com algumas das particularidades do serviço público. As reformas propostas pelo executivo foram aprovadas pela Câmara Municipal, tendo o novo Estatuto sido criado através da Lei Complementar Municipal Nº 4.049, de 24 de fevereiro de 2016, e o Regime de Previdência Próprio através da Lei Complementar Municipal Nº 4.058, de 15 de março de 2016.

Ao fazermos a análise do caso prático ocorrido no município de Resende Costa sob a ótica do pequeno esquema que sugerimos, podemos concluir que:

1. ficou demonstrado que a legislação municipal (art. 133 da Lei Municipal 2.092/1993) afrontava expressa previsão constitucional (art. 195, §5º, CF);
2. a edição do decreto suspendendo a aplicação da norma municipal teve como intuito preservar a supremacia da norma constitucional;
3. o prefeito não se encontra no rol de legitimados para propor ação de inconstitucionalidade, razão pela qual passamos a análise do quarto ponto;
4. por ser impossível a propositura de uma declaratória de inconstitucionalidade, o prefeito recorreu à vias legislativas para solucionar a controvérsia, indicando a reforma do estatuto do servidor suprimindo qualquer texto inconstitucional e a criação de um regime próprio de previdência para se adequar melhor à realidade do servidor público.

## 6 Conclusão

As ideias jurídicas vigentes sofrem, inevitavelmente, influência do ambiente cultural a que estão expostas. A legislação se cria e se amolda a sua época de criação. Pelo princípio da legalidade o ente público está engessado, pois tem que lidar com as demandas do presente enquanto vinculado à legislação que reflete o passado.

O princípio da legalidade administrativa ainda é de grande importância para o Direito Administrativo, principalmente, quando tomado como garantidor da proteção do indivíduo perante a atuação estatal. No entanto, pela grande complexidade que envolve essas relações, limitar sua atuação estatal ao texto legal contribui sobremaneira para a sua ineficiência.

O princípio da juridicidade administrativa ganha destaque na atuação da Administração Pública, pois surge com a submissão do agir a todo o ordenamento jurídico e não somente à norma positivada. Fruto da constitucionalização do Direito Administrativo, a juridicidade apresenta características da legalidade, da moralidade e da legitimidade, além de ter como função a garantia dos direitos fundamentais do cidadão.

O que se procurou demonstrar no presente trabalho é que a atuação estatal restrita aos ditames da lei não consegue ter alcance e amplitude necessários para uma eficiente atuação administrativa.

Conclui-se, portanto, com base nas teorias apresentadas e de acordo com a metodologia utilizada, que a juridicidade tem a força de dar legitimidade aos atos administrativos que neguem cumprimento de uma lei. No entanto, não basta a mera avaliação de oportunidade e/ou conveniência do administrador, mas sim a demonstração de que o cumprimento de determinada lei afronta diretamente a supremacia Constitucional.

## Referências bibliográficas

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BORSIO, Marcelo Fernando; PINTO, Felipe Chiarello de Souza; MAIA FILHO, Mamede Said. *Direito Administrativo e Gestão Pública I*. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI Brasília – DF. Brasília, 2017

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

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

RESENDE COSTA. *Decreto Nº 65. 27 abril 2015*. Suspende a concessão de benefício previsto na Lei Municipal nº 2.092, de 30 de dezembro de 1.993 e dá outras providências.

RESENDE COSTA. *Lei Municipal Nº 2092. 20 outubro 1993*. Estatuto do servidor Público do município de Resende Costa.

## ANEXO



### PREFEITURA DE RESENDE COSTA

CNPJ: 17.749.912/0001-63  
Rua Maria Cândida Andrade, 91 - Centro - Tel: (32) 3354 1366  
CEP: 36.340-000 - Resende Costa - MG  
www.resendecosta.mg.gov.br



DECRETO Nº 65, DE 27 DE ABRIL DE 2015.

*"Suspende a concessão de benefício previsto na Lei Municipal nº 2.092, de 30 de dezembro de 1.993 e dá outras providências".*

O Prefeito Municipal de Resende Costa/MG, no uso de suas atribuições legais, nos termos do Art. 36, I, "k" e "j" da Lei Orgânica Municipal;

CONSIDERANDO a recomendação do Ministério Público Estadual, cuja cópia é parte integrante do presente Decreto, alegando eventual inconstitucionalidade contida no artigo 133, §1º da Lei Municipal nº 2.092/93, Estatuto do Servidor Público Municipal, contrapondo ao disposto no artigo 195, §5º da Magna Carta;

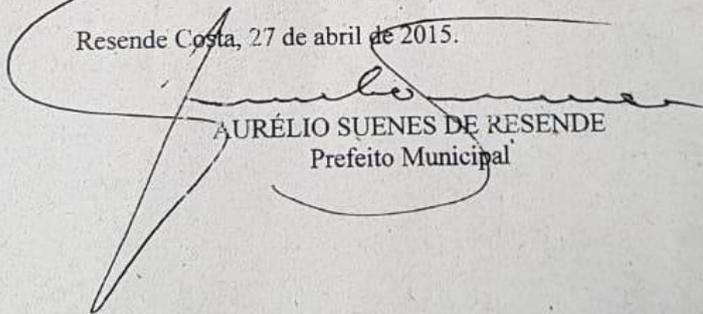
#### DECRETA:

Art. 1º Fica suspensa a concessão do benefício contido no Art. 133 e seguintes da Lei Municipal nº 2.092, de 30 de dezembro de 1.993, que trata da permanente equiparação dos proventos dos servidores aposentados com o servidores em atividades, no cargo ou função correspondente.

Art. 2º Fica garantido ao servidor que se aposentar no período de vigência do presente Decreto, o pagamento retroativo do referido benefício à data de sua aposentadoria, corrigido monetariamente, a partir da data da aposentadoria, pelos índices adotados pela Corregedoria Geral de Justiça de Minas Gerais.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor a partir de 1º de maio de 2015

Resende Costa, 27 de abril de 2015.

  
AURÉLIO SUENES DE RESENDE  
Prefeito Municipal



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE RESENDE COSTA - MG

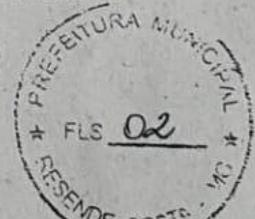
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE RESENDE COSTA/MG

### RECOMENDAÇÃO

O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, por seu Promotor de Justiça ao final assinado, no exercício da Curadoria de Patrimônio Público desta Comarca de Resende Costa - MG, com base nas atribuições que lhe são conferidas pelos artigos 127, *caput*, e 129, incisos II e III, da Constituição Federal; 119, *caput*, e 120, incisos II e III, da Constituição Estadual; 27, *caput*, e parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 8.625/93; 66, inciso IV, e 67, inciso VI, da Lei Complementar Estadual n.º 34/94;

**Considerando** que o art. 195, § 5º, da Constituição Federal determina que "*Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total*";

**Considerando**, no entanto, que em Resende Costa a Lei Municipal n.º 2.092, de 30.12.1993, instituiu o Estatuto do Servidor Público, prevendo em seu art. 133, e §1º, que, "*os proventos do servidor Municipal aposentado serão permanentemente equiparados e iguallados aos dos servidores*





MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE RESENDE COSTA – MG

*em atividades no cargo ou função correspondente. Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda ou qualquer outro fator, se modificar a remuneração da atividade, revisão que observará as mesmas bases”;*

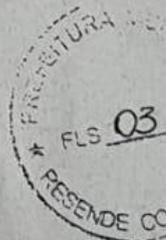
**Considerando**, portanto, que a legislação municipal estabelece o pagamento de benefício de seguridade social sem a indicação da *correspondente fonte de custeio total*;

**Considerando** que, nessas circunstâncias, há a necessidade de adequação da precitada Lei Municipal à Constituição Federal;

**Considerando** ainda que os Poderes Executivo e Legislativo estão adstritos à Constituição Federal e à legalidade, primados do Estado de Direito Democrático;

**RESOLVE:**

**RECOMENDAR** ao Sr. Prefeito Municipal de Resende Costa que proceda ao encaminhamento de projeto de lei de sua iniciativa visando a imediata revogação do art. 133 e parágrafos, da L. Municipal n.º 2.092, de 30.12.1993, por ofensa às disposições do art. 195, § 5º, da CF/88, ou que seja alterada a sua redação, para previsão da respectiva fonte custeio para pagamento dos benefícios sociais previstos na indigitada norma municipal.





MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS  
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE RESENDE COSTA - MG

**RECOMENDAR** ao Sr. Presidente da Câmara Municipal de Resende Costa que adote as medidas necessárias à votação do projeto a ser encaminhado pelo Sr. Prefeito.

Ainda, nos termos do preedito art. 27, § único, inciso IV, da L. 8625/93, o Ministério Público requisita a imediata e adequada divulgação do teor da presente Recomendação, assim como resposta, por escrito, a esta Curadoria, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, acerca do que se está recomendando.

Por fim, cumpre informar-lhes que o desatendimento à presente recomendações ministeriais ensejará a formulação de representação à Procuradoria Geral de Justiça, para adote as medidas judiciais necessárias para ver reconhecida e proclamada a inconstitucionalidade da norma legal municipal *sub examen*.

Resende Costa/MG, 11 de novembro de 2014.

**Bruno Lucena Barbosa**  
**Promotor de Justiça em cooperação**  
**Curadoria do Patrimônio Público**

