

LACUNAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Rodrigo Bordalo Rodrigues¹

1. Introdução.

Assume ares de dogma a distinção maçicamente reproduzida a propósito do princípio da legalidade no âmbito do Direito Privado e do Direito Público.

Enquanto no primeiro ramo, assentado sobre o valor *liberdade*, o particular pode fazer tudo o que a lei não proibir, no segundo, sobre o qual repousa a noção de *função*, a solução é diversa: a Administração somente pode fazer o que a lei determina ou permite. Verificam-se, respectivamente, duas relações jurídicas marcadamente distintas: a relação de *não-contradição* com a lei e a de *subordinação* à lei.

Trata-se de lição clássica, conforme ensina Hely Lopes Meirelles, para quem “na Administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração só é permitido fazer o que a lei autoriza”².

A explicação para indigitada distinção pode ser extraída dos valores que governam os grandes ramos do Direito.

¹ Mestre e Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Professor do Complexo Educacional Damásio de Jesus (graduação, pós-graduação e cursos preparatórios).

² *Direito Administrativo Brasileiro*, 2001, p. 82.

No Direito Privado, no espaço não regulado pela lei remanesce a liberdade do indivíduo. “Tudo o que por lei não é restrito à liberdade individual mantém-se na esfera de escolha ilimitada do titular”³.

Já no Direito Público, alheia à ideia de liberdade, prevalece o valor função, que remete à concepção de dever. Assim, “a ‘legalidade’ determinada no capítulo constitucional da Administração Pública é *dever*”⁴.

A adoção de tal paradigma acarreta, de acordo com o entendimento de alguns juristas, uma visão peculiar do fenômeno das lacunas no Direito Administrativo. Considerando-se as lacunas como um espaço não regulado, deduz-se que em tal seara é vedada uma atuação da Administração. As lacunas em Direito Administrativo consubstanciam, na verdade, um impedimento à ação administrativa.

Inafastável a aplicação do pensamento dedutivo-silogístico em que a associação da premissa maior (a Administração somente pode fazer o que lei autoriza) com a premissa menor (no contexto de uma lacuna, inexistente autorização legal) resulta a seguinte conclusão: em caso de lacuna, a Administração não pode atuar.

Para Régis Fernandes de Oliveira, adepto de tal posição, “não se terá, nunca, lacuna em tal ramo do Direito [Administrativo], uma vez que se a Administração é serviente à lei e apenas pode realizar aquilo que a lei lhe traça como âmbito de sua possível ação, qualquer atividade estranha à lei ou por ela não amparada estará fadada ao anulamento”⁵.

Tal entendimento, contudo, merece uma reflexão mais detida, seja pelo ângulo retrospectivo, tomando-se como parâmetro a evolução do Direito Administrativo em nosso País, quanto pelo prospectivo, à luz das teorias jurídicas que vêm ganhando destaque.

Previamente, convém tecer algumas considerações sobre o instituto das lacunas no bojo da Teoria Geral do Direito.

³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, 1994, p. 81.

⁴ *Idem, ibidem*. Para a autora, “o fundamento desta ‘legalidade’ administrativa está exatamente na ausência de liberdade da Administração Pública, mais ainda, na pessoa que administra o bem do público”.

⁵ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Lacuna e Sistema Normativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 24, pp. 47-8, 1998. Em outra passagem, o autor reitera: “Como a Administração necessita de competência para agir e esta só pode ser dada positivamente, resulta a inexistência de lacunas”.

2. Lacunas na Teoria Geral do Direito. Breve incursão.

Um dos clássicos tópicos da Teoria Geral do Direito é aquele referente à completude do ordenamento jurídico. Nesse sentido, questiona-se se todos os casos são previstos pelas normas legais, ou se, ao contrário, existem situações sobre as quais não se verifica o fenômeno da subsunção. É neste último caso que se verificam as chamadas lacunas, situação em que há carência de completude.

Especificando melhor a noção de completude, Norberto Bobbio define-a como a situação em que determinado comportamento não é previsto nem por uma norma que obrigue tal conduta, nem que a permite⁶. A partir daí, segundo as lições de Savigny e Carnelutti, o autor italiano estabelece um nexo entre coerência (unidade negativa) e completude (unidade positiva).

A propósito, consubstancia questão precípua saber se a completude representa condição indispensável para a caracterização de um ordenamento jurídico. A resposta varia conforme os critérios de julgamento que determinado sistema adota: caso haja a proibição do *non liquet*, conjugada com a necessidade de julgamento conforme as normas do sistema, a completude torna-se necessária, verdadeiro dogma; ao passo que, se uma destas condições não se observa, a existência de lacunas não subverte o sistema.

Maria Helena Diniz⁷ aponta a existência de quatro fases históricas relacionadas ao tópico das lacunas. De início a fase do denominado “sistema irracional”⁸, seguida pela do direito consuetudinário, em que a noção de lacuna praticamente inexistia. As condições para o seu surgimento apareceram na fase dos tempos modernos, por intermédio do desenvolvimento do direito escrito e codificado, a par da consolidação dos Estados nacionais, culminando na quarta fase, a da preponderância da legislação, em que a lei assume o caráter de fonte principal (positivismo jurídico).

Como se pode notar, a consolidação do dogma da lacuna deu-se a partir do século

⁶ *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 45.

⁷ *As lacunas no direito*, 2002, p. 6.

⁸ *Idem, ibidem*.

XVIII, quando se observou o surgimento do Estado moderno como agente monopolizador da produção jurídica⁹, o que causou a prevalência da lei como fonte principal do direito, bem assim o surgimento da noção de sistema¹⁰. Daí se poder dizer que a completude representa ponto fulcral do positivismo jurídico, de modo que um dos principais aspectos que demonstravam a infalibilidade da lei era a inexistência de lacunas.

Contra este posicionamento insurgiram-se outros autores, que fulminaram aquele entendimento do monopólio estatal do Direito, sob o argumento de que inexistem completude nos ordenamentos, de modo que as lacunas observadas são sanadas pelo poder criativo dos tribunais. Afirmam que o envelhecimento natural dos códigos, bem como a evolução e a transformação sociais, representam fenômenos propícios ao surgimento das lacunas.

Dentre os autores que propugnaram pela incompletude do sistema, encontra-se Karl Engisch¹¹, para quem a lacuna represente uma imperfeição insatisfatória, removível por uma decisão judicial integradora.

Por óbvio, os defensores da completude não tomaram uma atitude passiva diante das críticas, de modo que houve uma reformulação de seu fundamento. Foi a partir de tal dialética que surgiram as diversas teorias da completude.

A concepção de Savigny baseou-se na teoria da plenitude lógica do direito, pela qual os preceitos implícitos inerentes ao sistema têm a função de integrá-lo.

Já Hans Kelsen adotou o entendimento contrário, pela impossibilidade das lacunas, vez que todas as condutas são previstas pelas normas, quer positivamente, quer negativamente (permissão negativa).

A despeito de tais controvérsias, não se pode deixar de reconhecer dois aspectos, em nosso entender, relevantes, tomados como premissas no presente estudo.

Em primeiro lugar, falece ao legislador o dom da previsibilidade absoluta, de tal modo

⁹ DINIZ, Maria Helena. Ob. cit., pp. 13-14.

¹⁰ Para Maria Helena Diniz, o entendimento da noção de sistema é fundamental para a compreensão das lacunas. Segundo a autora, o sistema não é uma realidade nem uma coisa objetiva; representa, na verdade, o aparelho teórico mediante o qual se pode estudar a realidade.

¹¹ *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 1983, p. 132.

que existem fatos, situações e comportamentos não regrados. Trata-se, sobretudo, de uma inerência do mundo dinâmico e complexo em que se vive, impactado pelas evoluções tecnológicas que vêm cada vez mais interferindo e alterando os comportamentos sociais. Ademais, segundo Paulo Otero, a “insuficiência do legislador decorre (...) do aumento das tarefas confiadas à tutela do Estado, exigindo a satisfação das novas e sempre acrescidas necessidades colectivas uma especialização e rapidez decisórias a que o poder legislativo-parlamentar se mostra incapaz de responder”¹².

Em segundo lugar, sob uma perspectiva jurídico-formal do direito brasileiro, verifica-se expressa remissão legislativa a propósito das lacunas, *ex vi* do artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil): “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Em suma, embora o ordenamento não seja completo, ele é completável pelo mecanismo da integração, de tal sorte que ele tem em si a potencialidade de gerar uma solução para os casos não previstos. De acordo com Paulo Otero, existe sempre uma solução dentro do “espírito do sistema”¹³.

3. Possibilidade de colmatação de lacunas no Direito Administrativo

O Judiciário assume papel de protagonismo na atividade hermenêutica de integração de lacunas, conforme a titularidade exposta no art. 4º da Lei de Introdução, acima transcrito.

No mesmo sentido o Código de Processo Civil, que dispõe em seu art. 126 o seguinte: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

¹² *Legalidade e Administração Pública*, 2011, p. 158. Os riscos que se apresentam para a sociedade moderna evidenciam tal insuficiência do legislador. São exemplos do autor: as súbitas crises dos mercados, os desastres ambientais, as catástrofes ambientais e os ataques terroristas.

¹³ *Idem, ibidem*.

Trata-se de atribuição cediça do Judiciário, que amiúde, na resolução das contendas que se apresentam, se depara com omissões legais.

Não se pode deixar de notar, aliás, que esta tarefa integrativa promovida pelo Judiciário assinalou o desenvolvimento do Direito Administrativo brasileiro. Inicialmente marcado por um cenário legislativo carente de normas disciplinando o exercício da função administrativa, intervieram os Tribunais, definindo o regime aplicável, com base, sobretudo, nas lições doutrinárias em voga.

São as lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, no seguinte sentido:

“É pela ação pretoriana dos Tribunais que vem sendo desenvolvido o Direito Administrativo brasileiro, no interpretar as leis aclaradas pela melhor doutrina nacional e estrangeira, num esforço de adaptação à realidade do país, e **na criação de normas jurídicas, na falta de texto legal para reger, de modo expresso, a espécie**. À sua luz formam-se as teorias do ato administrativo, da função pública, do regime jurídico da prestação do serviço público, do exercício do poder de polícia, do domínio público, da responsabilidade do Estado etc. – e, em muitos casos, ao depois, aproveitadas pelos legisladores”¹⁴.

Esse, aliás, o sentido da evolução de nosso Direito Administrativo, como bem aponta Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Doutrina, jurisprudência e direito positivo”¹⁵. Os Tribunais funcionaram como elo entre a doutrina que serviu de suporte às decisões jurisprudenciais e as legislações que as sucederam, evidenciando a relevância assumida pela tarefa integrativa das lacunas.

A questão que se coloca, para além da titularidade integrativa assumida pelo Judiciário – que se apresenta como indiscutível -, é saber se a mesma aptidão pode ser utilizada pela Administração.

Neste ponto, acredita-se que merece prevalecer a resposta afirmativa. A razão pode ser extraída do próprio esquema teórico que fundamenta a divisão das funções estatais.

¹⁴ *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 2007, v. I, pp. 415-6 (negrito nosso).

¹⁵ *Direito Administrativo*, 2009, p. 24.

Dentre as lições mais arraigadas no âmbito do Direito Público, encontra-se a *teoria tripartite da separação dos poderes*, atribuída a Montesquieu em sua obra *De l'esprit des lois* (1748).

É bem verdade que autores outros que o antecederam já tratavam da distinção das funções estatais, figurando como “antecedente mais remoto”¹⁶ o grego Aristóteles, para quem o Estado assume o exercício de três atividades. Relevante notar que em Aristóteles a preocupação cingia-se às funções, não aos poderes orgânicos do Estado¹⁷.

Se é verdade que as múltiplas teorias acerca das funções estatais buscaram, de um modo geral, um critério diferenciador entre a função administrativa e judicial, não se pode descurar que se impõe uma verdadeira similitude entre elas, notadamente sob o aspecto material: no exercício de ambas são expedidos atos cujo escopo primordial consiste na aplicação do ordenamento jurídico, ou na sua execução. Assim, materialmente, inexistente qualquer distinção entre um ato administrativo de interdição de estabelecimento e um ato judicial que, igualmente, imponha o encerramento de atividade não licenciada. Ambos representam uma concretização da norma legal que preconiza tal consequência jurídica (a interdição) ante a constatação do exercício de atividade para cujo funcionamento não fora expedida a respectiva licença. A propósito, Adolf Merkl destaca que a sentença judicial e o ato administrativo “son iguales en lo que se refiere a su relación respecto a la ley”.¹⁸

Com base nisto, cumpre ressaltar que, muito embora esteja assentada por grande parte dos estudiosos a existência de três funções do Estado – legislativa, administrativa e jurisdicional –, há autores que se afastam (alguns até a repudiam¹⁹) desta formulação, herdada de Montesquieu.

Merece consideração a construção de Hans Kelsen, para quem as funções do Estado são a de legislar e de executar, sendo que esta última abarca as atividades da Administração e do Judiciário. Segundo o jurista:

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*, p. 182.

¹⁷ GRAU, Eros. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, p. 227.

¹⁸ *Teoría general del derecho administrativo*, p. 41.

¹⁹ BÉNOIT, Francis-Paul. *Le Droit Administratif Français*, pp. 32 e ss.

“Na verdade, uma dicotomia é a base da costumeira tricotomia. A função legislativa opõe-se tanto à função executiva quanto à judiciária, sendo que estas duas últimas estão, obviamente, relacionadas de modo mais íntimo entre si do que com a primeira. (...) As normas jurídicas gerais são executadas tanto pelo poder executivo quanto pelo judiciário.”²⁰

Vale dizer, as atividades da Administração e do Judiciário nada mais são do que execução da lei.²¹

Com efeito, não se pode deixar de reconhecer que há real similitude entre as atividades executiva e jurisdicional, no sentido de que ambos se valem da ordem jurídica como parâmetro de atuação. Conforme assinalado por Afonso Rodrigues Queiró, a “atividade da Administração é uma atividade de subsumção dos fatos da vida real às categorias legais. O Administrador realiza uma função neste ponto de todo em todo idêntica à do juiz”.²²

Tal similitude no exercício das funções administrativa e judicial permite extrair a conclusão segundo a qual a integração das lacunas não consubstancia uma atividade exclusiva dos Tribunais, uma vez que a Administração, no âmbito da tarefa de aplicar o ordenamento jurídico, igualmente pode proceder à colmatação dos vazios normativos.

Exatamente nesse sentido professa Lúcia Valle Figueiredo, com base nas lições Jellinek e Henri Buch, *in verbis*:

“(...) o primeiro a constatar a lacuna seria o administrador, pois a função jurisdicional começa depois, quando deve haver o controle.”²³

Como adepto de igual entendimento encontra-se Paulo Otero, jurista português que realça um verdadeiro “protagonismo da Administração” no cenário do Direito Público hodierno²⁴. Conforme este autor:

²⁰ *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 250.

²¹ A ideia é compartilhada por outros juristas, a exemplo de Scheuner (“A Jurisdição e a Administração são da mesma maneira execução da lei”) e Jellinek (“...pergunta-se se existe e qual é a diferença entre os poderes do Estado. É coisa assente que a relação entre a Legislação dum lado, e a Justiça e a Administração do outro, é sem dúvida a de uma supra para uma infra-ordenação”). Estes autores e trechos são mencionados por Afonso Rodrigues QUEIRÓ. *A Teoria de ‘Desvio de Poder’ em Direito Administrativo*, p. 48, nota de rodapé n. 27.

²² *Ibid.*, p. 53.

²³ *Curso de Direito Administrativo*, 2008, p. 44.

“Não sendo a integração de lacunas um exclusivo da actividade jurisdicional, uma vez mais se verifica que também a Administração Pública pode aqui ser chamada a aferir a capacidade de auto-suficiência do sistema da legalidade administrativa: as lacunas em Direito Administrativo não podem deixar de obedecer a um modelo sistemático de revelação integradora”²⁵.

A conclusão é unívoca, e inafastável, no sentido de que as lacunas em Direito Administrativo não apenas são possíveis, como o Poder Pública, na função de integrá-las, ostenta papel proeminente.

4. Integração de lacunas pela Administração Pública. Utilização dos princípios gerais de direito. Juridicidade

Após esmiuçar o problema da existência das lacunas, Bobbio esboça lições no sentido de colmatá-las. Para tanto, distingue os métodos de heterointegração e autointegração. Os primeiros se valem de ordenamentos diversos para preencher a lacuna, assim também de fontes diversas da dominante do ordenamento vigente (segundo os juspositivistas, a lei). Já os segundos recorrem à mesma fonte dominante deste ordenamento.

No tocante à heterointegração, citemos o recurso ao direito natural como ordenamento diverso daquele em que a lacuna foi identificada. Aliás, uma das funções perenes do jusnaturalismo foi justamente o preenchimento das lacunas. Quanto à utilização de fontes diversas que não a lei, pode-se observar em alguns ordenamentos o recurso ao costume (que assume, então, o carácter de fonte subsidiária), bem como ao poder criativo do juiz (a exemplo do que ocorre de forma explícita nos sistemas jurídicos anglo-saxões), e, finalmente, mesmo que em grau mínimo, à opinião dos juristas.

No entanto, o método mais relevante consiste, indubitavelmente, na autointegração, vez que toma como parâmetro de resolução a própria norma. E aqui nos deparamos com dois procedimentos.

²⁴ *Legalidade e Administração Pública-o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2011, p. 31.

²⁵ *Idem*, p. 215.

O primeiro é a analogia. Trata-se da integração que se baseia em um processo de expansão dos casos expressamente regulamentados, de modo que os comportamentos semelhantes não normatizados restam atingidos por aquele dispositivo. Por óbvio, devem ser levadas em consideração não quaisquer semelhanças, e sim as relevantes, ou seja, as que justifiquem o brocardo *ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*.

O segundo procedimento consiste nos princípios gerais do direito (também denominada analogia *iuris*), que muitos sustentam estar incluídos na categoria da heterointegração. Posição esta, porém, refutada por Bobbio, sob o argumento de que sua aplicação se baseia na aplicação de normas fundamentais ou generalíssimas que compreendem o sistema, salientando que tais princípios são aqueles denominados não-expressos. Ou seja, para o autor italiano, com quem se concorda, os princípios constituem verdadeiras normas²⁶. Convém destacar as múltiplas funcionalidades dos princípios²⁷, entre as quais se destaca a função integradora das lacunas verificadas no ordenamento.

No tocante ao ordenamento jurídico pátrio, a Lei de Introdução traça, como a estabelecer uma ordem preferencial, os critérios para a colmatação das lacunas: analogia, costumes e princípios gerais de direito.

A despeito de alguns autores apregoarem a existência de uma verdadeira preferência²⁸, inclinamo-nos em sentido diverso, particularmente no que se refere ao Direito Administrativo, governado pelos critérios autointegrativos, merecendo ênfase os princípios gerais²⁹.

A propósito, não se pode deixar de enfatizar a repercussão que os princípios acarretaram na própria compostura da legalidade, erigida ao que se denomina mais

²⁶ No mesmo sentido encontra-se Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, 2005.

²⁷ Para Paulo Otero (*Legalidade...*, pp. 393-4), os princípios assumem cinco funções nucleares: (1) conferem unidade ao ordenamento; (2) limitam a discricionariedade; (3) servem de fundamento habilitador para a elaboração de normas pela Administração; (4) funcionam como critérios interpretativos das normas jurídicas; (5) função integradora das lacunas do ordenamento.

²⁸ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no Direito*, p. 259.

²⁹ No tocante aos costumes, dos quais somente se fará breve referência, reina polêmica no cenário doutrinário nacional e estrangeiro. Lúcia Valle Figueiredo não aceita o costume como critério de integração no Direito Administrativo (*Curso...*, p. 46). Já para Diógenes Gasparini, “no que respeita ao Direito Administrativo, o costume, como fonte, é de alguma importância, dada a deficiência da legislação nessa área do Direito Público” (*Direito Administrativo*, p. 31). O dissenso no cenário alienígena é objeto de estudo por Paulo Otero (*Legalidade...*, pp. 375 e seguintes).

modernamente como princípio da *juridicidade*.

Evocam-se as lições de Cármen Lúcia Antunes Rocha, para quem o princípio da legalidade deve ser entendido de maneira mais ampla, abarcando não apenas a lei em sentido formal, como também o seu aspecto material. Trata-se do *princípio da juridicidade*. De acordo com a autora:

“Sendo a lei, entretanto, não a única, mas a principal fonte do Direito, absorveu o princípio da legalidade administrativa toda a grandeza do Direito em sua mais vasta expressão, não se limitando à lei forma, mas à inteireza do arcabouço jurídico vigente no Estado.”³⁰

A posição tem amparo em Lúcia Valle Figueiredo, que confere uma dimensão também ampla ao princípio da legalidade:

“Ora, assim como o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois aquele, necessariamente, deve estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais, assim também há de se procurar solver a hipótese de a norma ser omissa ou, eventualmente, faltante.”³¹

A própria Lei federal n. 9.784/1999 (processo administrativo no âmbito federal) incorporou a juridicidade, ao prescrever que a atuação deve ser “conforme a lei e o Direito” (art. 2º, parágrafo único, inciso I). Assim também disciplinaram outras normas, a exemplo da Lei n. 14.141/2006, do Município de São Paulo.³²

³⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, p. 79.

³¹ *Curso de Direito Administrativo*, p. 42.

³² A lei municipal reproduz o dispositivo da lei federal. Nos termos do seu art. 2º, parágrafo único, inciso I, “O agente público administrativo observará na sua atuação, dentre outros, os seguintes princípios: atuação conforme à lei e ao Direito”.

5. Conclusão

Não se concebe a aplicação do Direito Administrativo em um contexto desvinculado do instituto das lacunas. Muito embora reine com vigor neste ramo o princípio da legalidade, não mais satisfaz *in totum* a máxima segundo a qual a ausência de lei representa um limite negativo de atuação do Poder Público.

A possibilidade de integração pela Administração, que assume papel destacado nesse processo, é inolvidável, notadamente pelo manuseio dos princípios gerais que governam o Direito Público. Esta, aliás, a interface entre a integração dos vazios normativos e o princípio da juridicidade, tido como uma feição mais lata da legalidade.

Evidentemente, muito embora as lacunas mereçam consideração no Direito Administrativo, não se olvida a existência de limites em sua integração, como bem assinala Lúcia Valle Figueiredo, para quem, na hipótese de imposição ou sanções aos particulares, o raciocínio integrativo não merece prestígio³³. Nesta seara, a colmatação das lacunas deve ser afastada. Aqui a juridicidade não alcança.

Afora tais situações, destaca-se o papel integrativo dos princípios no cenário do Direito Administrativo atual, no âmbito do qual se reconhece a presença de lacunas.

³³ “Há matérias, entretanto, em que o princípio da legalidade teria força absoluta (estrita legalidade), como, por exemplo, nas prestações pessoais ou patrimoniais. *Tais atos de imposição devem ser respaldados em lei expressa*” (Curso..., p. 45).