

## **A FACE MODERNA DO DIREITO ADMINISTRATIVO: PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A CRISE DA LEGALIDADE\***

### **LA FACE MODERNA DE LO DERECHO ADMINISTRATIVO: PRINCIPIOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA E LA CRISE DE LEGALIDAD**

**Erica Ludmila Cruz Barros**

#### **RESUMO**

É fato incontestável que enquanto não existia o império da lei, manteve-se firme o império dos soberanos, contudo, hoje com as mudanças na face do Estado e no próprio Direito Público, a lei cedeu lugar para a Constituição. Nesse ponto recorda-se de Hans Kelsen, quando ensinou que a Constituição, a Carta Maior de uma nação, existe para ser a sua lei fundamental, ou seja, todas as demais leis do Estado a teriam como espelho para serem válidas. Também é objeto desse artigo a relação entre o Estado de Direito e a Crise da legalidade, bem como os princípios da administração pública, destacando a importância do princípio da eficiência.

**PALAVRAS-CHAVES:** CRISE DA LEGALIDADE, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, EFICIÊNCIA.

#### **RESUMEN**

Es fato incontestable que enquanto no existia el imperio de la lei, mantuvo-se firm lo imperio de los soberanos, contudo hoy, con los cambios en la face del Estado y en próprio derecho publico, la lei cedio lugar para la constitucion. Em este punto recuerda-se de Han Kelsn, cuando enseñou que la Constitucion, la Carta Magna de una nacion, existe para ser su lei fundamental, o sea, todas las de demás leis del estado la tendriam como un espello para serem validas. Tambien es objeto de lo presente artigo la relacion entre Estado de derecho e la Crise de Legalidad, bien como los principios de la administracion publica, destacando la importancia del principio de la eficiencia.

**PALAVRAS-CLAVE:** CRISE DE LEGALIDAD, ADMINISTRACION PUBLICA, EFICIENCIA

## **1. INTRODUÇÃO**

---

\* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Não se fala mais sobre a normatividade dos princípios. O pós-positivismo encerrou de uma vez por todas essa discussão, restando claro que o discurso axiológico para o Direito é bem vindo. Afirmar a importância de um constitucionalismo inspirado em valores, de forma alguma representa um retrocesso aos pensamentos jusnaturalistas.

Claro que a inserção da temática sobre princípios também teve reflexos e consequências para o direito administrativo, para se ter idéia, a Constituição Federal de 1988 traz cinco princípios explícitos de importância fundamental para a Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência). Contudo, ainda há inúmeros outros em variadas disposições constitucionais que precisam ser atendidos pelo Poder Público.

No presente trabalho ter-se-á a oportunidade de debater sobre o Estado de Direito e a crise da legalidade. Ora, é fato incontestável que enquanto não existia o império da lei, manteve-se firme o império dos soberanos, contudo, hoje com as mudanças na face do Estado e no próprio Direito Público, a lei cedeu lugar para a Constituição. Nesse ponto recorda-se de Hans Kelsen, quando ensinou que a Constituição, a Carta Maior de uma nação, existe para ser a sua lei fundamental, ou seja, todas as demais leis do Estado a teriam como espelho para serem válidas.

Posteriormente um tópico tratará do princípio da eficiência, mostrando a sua importância em um Estado onde a burocracia e a falta de interesse em proporcionar satisfação aos usuários dos serviços públicos é um fato indiscutível e corriqueiro. Além disso, nesse artigo será mostrada uma flagrante necessidade de se promover mudanças na consciência dos administradores e governantes para que a eficiência abandone a simples “folha de papel”, onde está insculpida formalmente, para se tornar real, viva na sociedade.

Por fim, será discutido a respeito do significado de interesse público. Far-se-á uma tentativa de revelar os seus contornos, mesmo que de forma breve e sucinta. Quem sabe seja possível aos leitores visualizá-lo não como um conceito ideal, mas como uma finalidade que precisa ser alcançada e materializada pela Administração Pública.

## **2. A IMPORTÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO**

Incluir uma discussão sobre valores no Direito não significa um retrocesso ao jusnaturalismo clássico do século XIX. Esta doutrina alegava que a origem e o fim do Direito encontrava-se na natureza, outrossim, para os jusnaturalistas as normas jurídicas estariam plenamente justificadas através de critérios abstratos da justiça e também da moral.

De fato, uma ciência do direito baseada tão somente em valores, encontra dificuldades semelhantes às que buscam justificativas em doutrinas eminentemente positivistas.<sup>[1]</sup> Com efeito, quando o tema é direito administrativo, tem-se na Constituição Federal os parâmetros para a atuação da Administração Pública.<sup>[2]</sup>

A Constituição Federal de 1988 dedicou o *caput* do art. 37 aos princípios da administração, são esses: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ensina Alexandre de Moraes que a previsão expressa dos princípios da administração permitiu ao judiciário um melhor controle dos atos administrativos. A seguir as observações:

A importância da idéia da constitucionalização do direito administrativo é flagrante, pois sendo um passo fortemente jurisprudencial, passou a influência dos métodos de hermenêutica constitucional, mais abertos em face da principiologia sempre presente no texto constitucional, e, inegavelmente, por se tratar de métodos mais politizados...

A Constituição da República de 1988, ao constitucionalizar os princípios básicos da Administração Pública, permitiu um alargamento da função jurisdicional sobre os atos administrativos, consagrando a plena incidência da ampla revisão judicial. [3]

Contudo, além dos princípios que estão expressos na Constituição, existem outros princípios implícitos dos quais a Administração Direta e Indireta precisa obedecer. Cita-se como exemplo: o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da razoabilidade, princípio da finalidade, princípio da motivação, princípio do devido processo legal e da ampla defesa, princípio do controle judicial dos atos administrativos, dentre outros.

### **3. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUIÇÃO: A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS**

Para melhor exposição da temática, mostra-se interessante vislumbrar a eficácia das normas constitucionais já no cenário pós-moderno. É evidente que no direito administrativo o passar dos anos trouxe-lhe inúmeras diferenças que podem ser percebidas da prática aos bancos da faculdade, “há, indubitavelmente, um novo direito administrativo em emergência e que ainda está se definindo no torvelinho de transformações, que continuam a nos surpreender por serem incrivelmente céleres e profundas”[4]

Direito Administrativo e Direito Constitucional estão umbilicalmente vinculados, na medida em que se originaram como uma necessidade de limitação do Estado de Direito como conseqüência das revoluções liberais burguesas. Todavia, apesar de unidos na origem, separaram-se no desenvolvimento.

No século XIX, na Europa e América Latina, as constantes quebras de regimes pediam por uma nova constituição, sem dúvida, esse foi um fator que atrapalhou a evolução do Direito Constitucional. Enquanto em situações políticas semelhantes o Direito

Administrativo conseguiu desenvolver-se e manter-se como disciplina em relação ao direito privado e as outras disciplinas do direito público. [5]

Mas é indiscutível que houve uma ligação entre o direito administrativo e o direito constitucional, ainda que se discuta como tal vinculação ocorre. Por isso, referir-se ao tema da efetividade das normas constitucionais é válido tanto para os constitucionalistas como para os estudiosos do Direito Administrativo.

Voltando-se para questões constitucionais, Ferdinand Lassalle ainda em 1863 ofereceu uma conferência que veio a se tornar uma obra clássica do direito constitucional. “A Essência da Constituição” ensina que uma constituição que não é cumprida, não passa de uma folha de papel, sem nenhum efeito. No seu estudo sociológico o autor mostra que o povo não consegue impor a sua vontade por ser um poder não organizado, apesar de ser maioria. A constituição representa a soma dos fatores reais de poder, contudo, a constituição escrita para ser boa deverá corresponder à constituição real.

São as lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Como nas lições de Ferdinand Lassalle, os problemas constitucionais devem ser considerados problemas de poder, daí os publicistas contemporâneos sentirem necessidade de se familiarizarem com as diversas expressões deste fenômeno nas sociedades contemporâneas, como a política, a econômica e a social, sem o quê, o distanciamento entre a letra constitucional e a vivência do constitucionalismo prejudicará, simultaneamente, o desejado rigor científico e a utilidade que se espera de seu conhecimento. [6]

De fato, quando os pensamentos de Lassalle são utilizados como inspiração, nota-se que realizar a constituição está muito além de dar a carta existência física. Com efeito, é forçoso realizar as normas jurídicas no mundo dos fatos.

A participação da sociedade é bem-vinda, logo, as normas constitucionais existem para trazer justiça e bem-estar ao povo, é natural que este faça uso das garantias institucionalizadas para a vivência dos direitos. Aqui pode-se citar instrumentos como o habeas corpus, habeas datas, mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, ação popular e ação civil pública.

As promessas da modernidade que não foram cumpridas adequadamente pelo Estado ainda pedem por concretização. Mostra-se interessante a proposta de Lênio Streck para uma “teoria da constituição adequada aos países de modernidade tardia” – TCDAMPT, ou simplesmente, teoria da constituição dirigente para países periféricos. Afinal, inúmeros são os desafios a serem superados em países como o Brasil, onde a fome, o desemprego e a miséria permanecem como elementos corriqueiros para boa parte da população.

Na pós-modernidade os ideais conquistados na Revolução Francesa não são suficientes para garantir o tão perseguido, mas nunca conquistado a contento, progresso. Nova época para o constitucionalismo, até mesmo se as constituições dirigentes são criticadas dentro dos Estados, parece que um dirigismo constitucional “extra-muros”,

transferido para os tratados internacionais, ganha força e adeptos e é plenamente aceitável como bom.

Estar-se no século XXI, tempo de transformações econômicas, sociais, políticas e tecnológicas. Mas muito ainda há para mudar, melhorar ou mesmo enfrentar:

A obsessão da eficiência tem elevado a exigência de escolaridade, especialização e produtividade, acirrando a competição no mercado de trabalho e ampliando a exclusão social dos que não são competitivos porque não podem ser. O Estado já não cuida de miudezas como pessoas, seus projetos e sonhos, e abandonou o discurso igualitário ou emancipatório. O desemprego, o sub-emprego e a informalidade tornam as ruas lugares tristes e inseguros.<sup>[7]</sup>

Ademais, para que a Constituição cumpra com suas metas dispostas em suas normas, é preciso que o Estado e a sociedade cooperem. Já se fala em um Estado anti-social como aquele em que a pobreza, miséria, marginalização, parecem corriqueiros e até conseguem convencer a população de que tais mazelas fazem parte de qualquer Estado.

É a posição de Luciano Sotero Santiago: “por conseguinte, ao contrário do que se divulga, o cenário de miséria e de desigualdade econômica e social não é natural, mas provocado pelo próprio Estado Brasileiro, que ao se guiar em uma parcela de interesses de uma parcela ínfima da população deixa descobertos milhares e milhares de brasileiros.”<sup>[8]</sup>

Foi com a constituição dirigente que novas temáticas conquistaram espaço, afinal, antes tal debate cingia-se a esfera privada. Essa publicização ocorreu porque a Constituição Brasileira alterou a “teoria das fontes que sustentava o positivismo, e os princípios vêm a propiciar uma nova teoria da norma (atrás de cada regra agora tem um princípio que não a deixa desentranhar do mundo prático), é porque também o modelo de conhecimento subsuntivo, próprio do esquema sujeito-objeto, tinha que dar lugar a um novo paradigma interpretativo.”<sup>[9]</sup>

Nesse cenário social tão instável quanto repleto de mudanças, garantir efetividade às normas constitucionais é um dos meios para se conseguir alcançar progresso e justiça. Compreende-se como efetividade: “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais, e simboliza a aproximação tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”.<sup>[10]</sup>

#### **4. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

Desde a Antiguidade a lei era conhecida, contudo, totalmente diferente da concepção que temos hoje. Naquela época a desobediência à lei significava uma afronta ao que era sagrado, por natureza intocável, e tinha drásticas conseqüências.

Cabe à atividade legislativa inovar no ordenamento jurídico, observando a Constituição Federal e, por sua vez, criando direitos e deveres, órgãos e pessoas estatais, competências, etc.[\[11\]](#)

Por isso, é inquestionável a importância desse princípio, não se podendo esquecer que ainda na “Constituição Brasileira de 1988, por exemplo, além de cláusula geral decorrente do Estado de Direito (art. 1º) e da previsão como garantia individual (art. 5º, II), a legalidade foi inserida como princípio vetorial da Administração Pública”.[\[12\]](#)

Portanto, dispõe o art. 5º, II da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF). Como foi dito acima, essa determinação formaliza o princípio da legalidade, e conduz à conclusão que apenas a lei serve como mandamento estatal inaugural obrigatório e deve ser seguida pelo próprio Estado e pelos particulares. Dito isso, qualquer outra determinação estatal para cingir-se de obrigatoriedade, pelo menos, precisa ser fundada em lei.

A atividade administrativa como ordenadora da vida privada está vinculada essencialmente ao princípio da legalidade.[\[13\]](#) Ora, cabe a Administração atuar com base na lei, sob pena de cometer arbitrariedades e abusos, sempre lembrando que o ato administrativo não tem poder para inovar no ordenamento jurídico. Os cidadãos devem observar a lei, na qual como norma geral e abstrata, é criada pelo poder legislativo.[\[14\]](#)

Celso Antônio afirma que apesar de Hely Lopes Meirelles quando se refere ao princípio da legalidade deixar de subordinar o agente público, não há dúvidas de que este também precisa segui-lo. Afirma o autor:

“O autor citado não quis, certamente, restringir o princípio da legalidade ao agente, isto é, ao administrador, embora haja se referido expressamente a ele. O princípio que formulou com tanta clareza, diz respeito à Administração em si, à atividade administrativa como um todo, englobando é certo, os seus agentes.”[\[15\]](#)

Importa registrar que o dispositivo constitucional em nenhum momento citou outros instrumentos normativos, a exemplo do decreto, portaria, regulamento, ou seja, foi explícito em citar a lei. Com posição idêntica Celso Antônio adverte:

Em estrita harmonia com o dispositivo referido e travando um quadro cerrado dentro do qual se há de circunscrever a Administração com todos os seus órgãos e auxiliares personalizados, o art. 84, IV, da CF, ao se referir à competência do Chefe do Poder Executivo para expedir regulamentos, explicita que as suas emissões destinam-se à fiel execução das leis.[\[16\]](#)

Foi com a *rule of Law* dos povos anglo-saxões que se teve a garantia da previsibilidade em relação ao comportamento dos seres humanos, afinal, a lei funciona como

condicionamento de ações. Ora, a idéia clássica de *rule of Law* se liga a noção de segurança jurídica. [17]

Graças a equiparação racional-iluminista a lei deixou de ser encarada como Direito, vista por si só. Dessa maneira vislumbrou-se que para a lei não bastava a sua mera existência, sendo-lhe apreciada a validade. A lei não poderia ser fundamento jurídico de si própria. [18]

Celso Antônio lembra as lições do Direito Grego por Michel Stassinopoulos: “Em um Estado de Direito a Administração encontra-se não apenas na impossibilidade de agir contra *legem* ou *extra legem*, mas é obrigada a agir sempre *secundum legem*”. [19]

É evidente que a interpretação ao princípio da legalidade precisa ser rigorosa, vez que o artigo em análise faz referência tão somente a “lei”, por conseguinte, ampliar o entendimento para abarcar decretos, regulamentos ou qualquer outro tipo de instrumento normativo seria afrontar diretamente à Constituição.

O ato administrativo não encontra respaldo constitucional para inovar no mundo jurídico. Com o princípio da legalidade existe uma verdadeira mudança de paradigma, pois todos estão submetidos ao governo das leis, não às regras dos homens. Nesse sentido:

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o presidente da república, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais, fixadas pelo poder legislativo, pois esta é a posição que lhe compete no Direito Brasileiro. [20]

Tradicionalmente crê-se que a lei é expressão da vontade do povo, logo, quando o Estado a segue o faz em obediência ao povo, enquanto este o faz em obediência a si mesmo. [21] É natural que o princípio da legalidade tenha surgido próximo ao Estado de Direito, logo, o Estado que se submete às leis para conter os abusos do absolutismo, por isso, pode-se dizer que o princípio da legalidade oferece identidade ao Estado de Direito.

A lei é o instrumento para inovar na ordem jurídica; e cabe ao administrador aplicá-la de ofício. Com efeito, quando o administrador administra não é a sua vontade que deverá prevalecer, mas as imposições legais. Nesse sentido:

“A atividade pública não é propriedade de quem a exerce, significando apenas o exercício de dever-poder, indissolavelmente ligado a finalidade estranha ao agente. Ademais, ninguém exercerá atividade pública que não emane da lei.” [22]

A Administração ao travar relações genéricas com os particulares, regula a vida privada destes, mas para isso a lei é de extrema importância, vez que se não houver permissão legal, a Administração estará impedida de atuar.[\[23\]](#)

Quando a discussão é voltada para o Estado:

a submissão de agir a uma norma é sempre e onimodamente exigida, pois o poder público não pode agir de outro modo que o vincule à lei e ao Direito... Esta é a razão de ser, o que se tem como Estado de Direito, uma dádiva do princípio da legalidade, expressão aqui tomada em seu sentido mais amplo de juridicidade, que é, por definição, aquele em que o Estado se submete à sua própria ordem jurídica, daí a expressão consagrada de Leon Duguit - “suporta a lei que fizeste (legem patere quam fecisti) – que o enunciado em síntese, uma vez que, ao declarar o direito, o Estado por ele se autolimita, assegurando à sociedade que o criou e o mantém para organizá-la e dirigi-la essa preciosa dádiva: da certeza jurídica. [\[24\]](#)

Pode-se dizer que este princípio é o remédio correto contra o poder oligárquico ou monocrático, portanto, a sua fundamentação encontra-se na soberania popular. [\[25\]](#) Sendo que o princípio da legalidade como hoje a doutrina o descreve, teve seus contornos aprimorados pelo tempo.

Não é nenhuma novidade para a consolidação do Estado de Direito, que a idéia de uma sociedade protegida pelos mandamentos legais não seria eternamente suficiente para dar tranquilidade aos cidadãos contra os abusos dos detentores do poder.

Afirma José dos Santos Carvalho Filho que o princípio da legalidade é importante inclusive para os indivíduos, no que tange aos seus efeitos. Visto que proporciona conforto aos cidadãos, pois podem conferir se as atividades administrativas estão conforme a lei, ou seja, quando se sobrepõe a conduta e a lei, se aquela for diferente do que esta exige, a última prevalecerá.

Ademais, no Estado Moderno há duas funções, a legislativa, como responsável pela criação da lei e a função administrativa e a jurisdicional, que tem como tarefa típica a execução da lei, mas essa depende obrigatoriamente daquela. [\[26\]](#)

## **5. BREVES APONTAMENTOS SOBRE O ESTADO DE DIREITO**

Foi na metade do século XIX que no plano teórico nasceu o Estado de Direito na Alemanha, conhecido como *Rechtstaat*, posteriormente adotado pela doutrina francesa. Com efeito, pode-se dispor de uma visão tripartite para compreender o Estado de Direito:

a) Visão formal, onde se vincula a ação do Estado ao Direito, ou seja, a atuação do Estado é jurídica, exercitando-se através de regras jurídicas; b) visão hierárquica, na

qual a estruturação escalonada da ordem jurídica impõe ao Estado a sua sujeição ao Direito; c) visão material, que implica a atribuição de atributos intrínsecos ao Direito, ou seja, aqui, a ordem jurídica estatal produz-se tendo uma certa substancialidade como própria. Há uma qualificação do Estado pelo Direito e deste por seu conteúdo.[\[27\]](#)

A idéia de Estado de Direito nas últimas décadas do século XX, representou uma fórmula bem sucedida da filosofia política e jurídicas ocidentais. [\[28\]](#) O surgimento de um Estado capaz de impedir o autoritarismo e o abuso por parte dos detentores do poder, tinha por cerne impor ao soberano obrigações e deveres que antes não existiam, ou seja, foi o início de um plexo normativo que a partir de então, funcionaria como vetor da justiça.

Explicando o Estado de Direito, Danilo Zolo:

O Estado de Direito pode ser considerado uma “ordem política mínima”, essencialmente limitada à garantia dos direitos civis. Isto pode significar duas coisas distintas: por um lado que se trata de uma estrutura normativa e institucional *rebus sic standibus* [estando assim as coisas] sem alternativas no ocidente e que seria bastante arriscado tentar abolir ou simplesmente contrastar em nome de ideologia anárquicas, autoritárias ou totalitárias. Por outro lado, pode significar que em contraposição à tutela dos direitos civis que pertence, por assim dizer, à normalidade fisiológica do Estado de Direito, apenas uma pressão conflitiva pode fazer com que o nível mínimo seja superado: apenas o conflito é capaz de restituir efetividade ao exercício dos direitos políticos, resgatando-os da sua condição de puro cerimonial eleitoral, e de garantir sucesso às expectativas e reivindicações ulteriores, em escala nacional e internacional. [\[29\]](#)

Pois bem, o Estado de Direito, de fato, surgiu para proteger os indivíduos contra o arbítrio do poder, contudo, para isso, foi necessário a inspiração de Montesquieu e seus ensinamentos sobre as divisões dos poderes do Estado, em legislativo, executivo e judiciário, sendo cada qual responsável por sua função típica.

O Direito Administrativo para Celso Antônio Bandeira de Mello, nasce com o Estado de Direito. Segue a explicação do autor:

O Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, porque é o direito que regula o comportamento da Administração. É ele que disciplina as relações entre a Administração e administrados, e só poderia mesmo existir no momento em que o Estado, como qualquer, estivesse enclausurado pela ordem jurídica e restrito a mover-se dentro do âmbito deste mesmo quadro normativo estabelecido genericamente. Portanto, o direito Administrativo não é um direito criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos Estados... É, pois, sobretudo, um filho legítimo do Estado de Direito, um Direito só concebível a partir do Estado de Direito: o Direito que instrumenta, que arma o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder. [\[30\]](#)

Discordando do posicionamento acima, Binbenojm crê que a construção teórica do direito administrativo, não teve como justificativa nem o advento do Estado de Direito ou mesmo a separação histórica do princípio da separação dos poderes. [31]

A noção de governo das leis e não dos homens foi levada a sério pelos constituintes americanos, mas ironicamente são os homens que necessitam lidar com as leis, por isso, “mesmo na mais perfeita ‘república das leis’ afirmava Carl Schmitt, governam os homens e não as leis, soberanos são os intérpretes e não os legisladores”. [32]

Não há como se pensar em Direito sem o Estado, na verdade, um depende do outro. Se cabe ao Estado a tarefa de criar o Direito, sendo a sua única fonte, não há como negar a supremacia da lei em face da autoridade pública.

Imperioso observar que se do ponto de vista formal a lei funciona como sustentáculo do Estado de Direito, não obstante, há também uma preocupação com a proteção de um núcleo de direitos fundamentais. Nesse sentido:

O Estado de Direito não é mais considerado somente como um dispositivo técnico de limitação de poder, resultando do enquadramento do processo de produção de normas jurídicas; é também uma concepção que funda liberdades públicas, de democracia, e o Estado de Direito não é mais considerado apenas como um dispositivo técnico de limitação do poder resultante do enquadramento do processo de produção de normas jurídicas. O Estado de direito é, também, uma concepção de fundo, acerca das liberdades públicas, da democracia e do papel do Estado, o que constitui o fundamento subjacente da ordem jurídica. [33]

Com efeito, a legitimação do Estado de Direito não é apenas formal, em que a hierarquia das leis identifica-o por completo, além disso, é de extrema importância à proteção aos direitos fundamentais. “Assim o Estado de Direito irá se apresentar ora como liberal em sentido estrito, ora como social e, por fim, como democrático. Cada um deles molda o direito com o seu conteúdo, como veremos a seguir, sem que, no entanto, haja uma ruptura radical nessas transformações”. [34]

A idéia de Estado de Direito vincula-se com três princípios fundamentais: “a supremacia constitucional, a generalização do princípio da legalidade e a universalização da Constituição. Daí derivou a concepção de que as atividades políticas desenvolvem-se dentro dos limites jurídicos, sendo impossível reconhecer outro fundamento de validade dos atos estatais senão a validade.” [35]

Bonavides aponta um segundo Estado de Direito, que teve origem da revolução constitucional, outrossim, entre 1939 e 1945, ganha vida e importância o princípio da proporcionalidade. [36] Nesse momento histórico as declarações de Direito perderam o caráter eminentemente filosófico ou contemplativo, para ganharem força vinculante.

Percebe-se que um estado legalista, preocupado com a proteção dos direitos fundamentais e garantias individuais para todos os indivíduos, e não apenas para um determinado grupo, deve também expor suas leis para que todos tenham acesso a elas. Logo, de nada valeria um Estado de Direito onde todos, cidadãos e autoridades,

submetem-se às normas jurídicas, se estas são secretas ou só podem ter acesso classes privilegiadas.

Outro ponto fundamental é que graças ao conhecimento das leis, é possível aos cidadãos saber quais as consequências dos atos ilegais por eles cometidos, e a partir daí, discernir se vale a pena contrariar o Direito.

## **6. A CRISE DA LEGALIDADE**

Seguindo as lições de Paulo Bonavides, nota-se que o legislador na segunda fase do Estado de Direito não gozava da mesma liberdade do primeiro Estado de Direito. Assim, em fase mais recente, era possível o controle dos atos do poder legislativo, sem, contudo, ferir a separação de poderes sugerida por Montesquieu.

Assim ganha o juiz uma maior margem de liberdade para controlar os atos do poder legislativo, evitando abusos e controlando a aplicação das normas.

De último, com a instauração doutrinária do segundo estado de Direito, o juiz, ao contrário do legislador, atua por um certo *prima* em um espaço mais livre, fazendo, como lhe cumpre, o exame e controle da aplicação das normas; espaço aberto em grande parte também – sobretudo em matéria de justiça constitucional – pelo uso das noções de conformidade e compatibilidade. Esta última, deveras aberta e maleável, é por isso mesmo mais apta a inserir, enquanto método interpretativo de apoio, o princípio constitucional da proporcionalidade.[\[37\]](#)

Com a evolução do Estado de Direito, não era mais a lei o seu ponto central e primordial, e sim, a Constituição.

Alguns autores tratam da “crise da lei”, afirmam que atualmente não mais se acredita que a lei representa a vontade de um povo, ou mesmo é o padrão esperado de comportamento para a vida pública e privada. Com efeito, então, seria a crise da lei um fenômeno tão amplo quanto o próprio princípio da legalidade. Ademais, a crise da lei estaria evidente nos países de tradição jurídica romano-germânica, os quais atribuíram à lei escrita o dever de representar a vontade do povo.[\[38\]](#)

Com as mudanças naturais no Estado, os indivíduos não estavam mais protegidos apenas com a existência da lei, esta que se identificava com o Direito. Agora o princípio da legalidade tem vários destinatários, tais como, o legislador infraconstitucional, o administrador público e quem lhe faça as vezes, o Estado juiz, as entidades ou entes criados pelo Estado, e os Particulares.[\[39\]](#)

Quando se parte da idéia de que a lei, apenas esta, é o “norte” e o “sul” de um povo, fica evidente que essa compreensão não é mais suficiente para o Estado Moderno. Ora, faz-

se imprescindível um novo modelo onde Administrar seja muito mais do que “aplicar a lei de ofício”.

Binenbojm aponta cinco razões para a crise da lei e da legalidade, como sendo: a) a propagação da inflação legislativa; b) a constatação histórica de que a lei pode ser instrumento para veicular a injustiça, e ainda, mais grave, servir como fundamento para a barbárie; c) parece evidente que a lei não é mais a principal e mais importante forma de manifestação da vontade geral de um povo.; d) proliferam-se atos normativos infraconstitucionais, e estes, são suficientes para servirem de fundamento à atuação administrativa e, por fim; e) o Executivo parece em muitos aspectos controlar o processo legislativo, assim, se ao Executivo não há atribuição normativa de que este poder necessita, não resta ao legislativo muito espaço de atuação independente.[\[40\]](#)

Importa comentar os apontamentos feitos por Binenbojm como causas da crise da legalidade. Tem-se que concordar que a propagação legislativa, o excesso das leis é altamente prejudicial, porque além de impedir que todos os cidadãos tenham acesso a ela, dar efetividade a todas essas normas é uma tarefa impossível.

A lei tem sido interpretada como a única resposta para os problemas que ultrapassaram a modernidade e encontram-se ainda sem solução. Nas lições de Binenbojm:

O excesso de lei é uma realidade em todas as nações civilizadas, notadamente nos países de tradição romano-germânica. O mito positivista de completude do ordenamento jurídico, aliado ao aumento significativo das funções do Estado social, inspirou os parlamentos a tratarem de qualquer assunto, sendo corolário deste movimento a noção (muito evidente no senso comum) de que a lei seria apta a resolver todos os problemas sociais. Banalizou-se a lei, o que fez com que se esvaziasse o sentimento de respeito que se lhe nutriu no período iluminista. [\[41\]](#)

Com efeito, não é com a proliferação de leis que se alcançará a plenitude do ordenamento jurídico, ora, é evidente que o Direito é dinâmico, e o momento da aplicação das normas é diferente do instante em que foram criadas, outrossim, é dever do intérprete buscar forma de preencher as lacunas que naturalmente haverão de surgir:

Para quem defende a tese da plenitude do ordenamento jurídico, fica evidente que o dinamismo do ordenamento jurídico permite a sua realização, afinal, se o sistema jurídico fosse estático, seria impossível pensar na existência de normas suficientes para dar-lhe completude. Existem métodos dispostos pelo próprio ordenamento jurídico que visam suplantam as lacunas que porventura apareçam, logo, o direito nunca deixa de renovar-se. [\[42\]](#)

O segundo motivo apresentado por Binenbojm para a crise da legalidade é que a lei nem sempre é justa, podendo ser, inclusive, instrumento para a barbárie.

Quando Hans Kelsen escreveu o clássico “teoria pura do direito”, não se preocupou com o conceito de justiça para as normas jurídicas, aliás, trabalhou com a idéia de validade, esta sim, foi o ponto central dos seus ensinamentos. Em várias ocasiões, no Brasil, esse pensamento foi levado ao extremo, entendendo-se que a lei por ser produto do Estado

era suficiente para ser considerada como boa, mesmo que eventualmente se afastasse da concepção de justiça.

De fato, a lei escrita pode ser injusta, por isso, é importante tirar desse instrumento o caráter de sagrado como resquício da antiguidade. Nessa linha de pensamento: “a lei, expressão da vontade geral cujo conteúdo independe de maiores questionamentos, foi capaz de legitimar as práticas nazi-facistas, que criaram talvez a maior cicatriz do século passado”.[\[43\]](#)

O desgaste da lei escrita é um fenômeno apontado por vários estudiosos, seja em razão da inflação legislativa, seja porque não é possível garantir que a lei obedecida tem um conteúdo além de válido, justo. Sabe-se que validade e justiça são conceitos por vezes separados pelo legislador.

Sobre o conteúdo das normas são as observações de Hans Kelsen, mostrando que a sua preocupação era essencialmente com a validade das normas, e para isso bastaria espelharem-se em uma norma fundamental:

O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela as normas jurídicas cuja as normas são criadas de conformidade com essa norma fundamental.[\[44\]](#)

A quarta razão para a crise da legalidade é uma constatação do autor de que a lei não é mais a principal e mais importante forma de manifestação da vontade geral de um povo. Outrossim, essa mudança de paradigma da lei para a Constituição não precisa ser interpretada ou entendida de forma negativa.

Dito isto, pode-se definir a Constituição como sendo:

A Constituição, nesse ambiente, representa o documento catalisador dos ideais e das exigências modernas no sentido de garantir a racionalização da disciplina do poder – sua desmistificação, estruturação, regulamentação e controle – e, via de consequência, a garantia do espaço de desenvolvimento do indivíduo – unidade ética por excelência – notadamente pela declaração dos seus direitos fundamentais.[\[45\]](#)

Voltando aos ensinamentos de Kelsen, a Constituição estaria no ápice da pirâmide, e todas as normas posteriores tinham que, obrigatoriamente, não contrariá-la, só assim, o ordenamento jurídico seria estruturado com base em uma norma fundamental.

A quinta e última razão refere-se ao poder Executivo, este que parece em muitos aspectos controlar o processo legislativo, dessa maneira, se ao Executivo não há

atribuição normativa de que este poder necessita, não resta ao legislativo muito espaço de atuação independente.

Os exemplos para essa última hipótese são: as reservas de iniciativa legislativa de matéria relevantes, com a impossibilidade inclusive de emendas parlamentares, que aumentem as despesas; a possibilidade de trancamento da pauta de deliberações do Congresso Nacional pelo chefe do Executivo, e ainda, as formações de sólidas bases parlamentares capazes de aprovar qualquer projeto de interesse governamental.[\[46\]](#)

Em suma, é relevante lembrar que as matérias de competência do Poder Executivo são variáveis a depender do modelo de Constituição de cada Estado. É ainda muito polêmico o tema relativo ao poder regulamentar que a Constituição assegura ao presidente da República para que estabeleça formular que facilitem a aplicação da lei.[\[47\]](#)

## **7. A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**

No pós-positivismo os princípios possuem normatividade inquestionável, ao contrário das normas, possuem conteúdo aberto e forte perfil axiológico, por isso, alguns conceitos dependem da visão de mundo ou da experiência do intérprete. Por sinal, eficiência é um desses conceitos.

Previsto no art. 37, da Constituição Federal, em razão da emenda constitucional 19/98, o princípio da eficiência é bem próximo do princípio da boa administração designado no direito italiano.

Para o direito administrativo moderno o Estado deve mostrar eficiência em seus atos, não bastando à mera eficácia, aqui compreendida como o simples desempenho dos órgãos públicos, faz-se imperioso que exista à boa satisfação dos usuários dessas atividades. “Em conseqüência, surge à demanda por subsidiariedade, ou seja, passa a ser necessário que o atendimento prestado pelo Estado seja atribuído racionalmente aos entes ou órgãos mais aptos a atuar com racionalidade, presteza e proximidade, sendo esta desejável sempre que possível”. [\[48\]](#)

Na doutrina de Vladimir França:

O cidadão brasileiro encontra-se, desde há muito tempo, exausto pela péssima qualidade dos serviços que lhes são prestados pelo Estado. Embora o "emendão" tenha sofrido todo um conjunto de fortes críticas por parte dos estudiosos do direito público, a introdução expressa da eficiência como princípio jurídico abre novos horizontes para o estudo das questões relacionadas com a ação administrativa.[\[49\]](#)

Atuar de maneira racional e trazer satisfação aos usuários, também é uma maneira de alcançar o interesse público. Por conseguinte, interessante ressaltar que mesmo para os

países que possuem constituições dirigentes como Brasil e Portugal, nem sempre a definição de interesse público mostra-se semelhante, ou faz menção aos preceitos dispostos constitucionalmente. [\[50\]](#)

Uma das possíveis conclusões para a inclusão do princípio da eficiência em nível constitucional, foi a insatisfação da sociedade em face dos serviços prestados pelo Estado, só assim, poderia a Administração sofrer um maior controle pelo judiciário até mesmo quando não cumprisse com o seu dever de boa administração, ou seja, quando não fosse eficiente.

Alexandre de Moraes tratou sobre a possibilidade do controle de mérito dos atos administrativos, pelo poder judiciário, sem que isso significa abusos por parte do judiciário. Conclui o jurista que:

o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários deverá ser realizado tendo como parâmetros os princípios constitucionais da Administração Pública, inclusive o princípio da eficiência, em especial em seu sentido de direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem-comum, pois a Constituição Federal prevê no inc. IV, do art. 3º que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Repita-se porém que não caberão ao poder judiciário o planejamento e a execução das políticas públicas, tampouco a edição dos consequentes atos administrativos discricionários de implantação dessas medidas, mas, sim, o controle jurisdicional de eventuais abusos praticados pelo administrador público que ignore o princípio constitucional da eficiência. [\[51\]](#)

Na verdade a eficiência sempre foi um dever da administração, mesmo antes da sua positivação constitucional, e infelizmente não adiantará tê-lo trazido para a Lei Maior se os administradores não sentirem que oferecer um serviço de qualidade e agradar os usuários é uma obrigação. Contudo, ao ganhar materialidade constitucional, muitas foram as questões que surgiram. Qual o critério para determinar se uma determinada atividade administrativa é ou não eficiente? [\[52\]](#)

Aqui se utiliza o conceito de eficiência oferecido por José Afonso da Silva: eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas, qualifica atividades. Numa idéia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência, introduzido agora no art. 37 da Constituição pela EC 19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados. [\[53\]](#)

Na verdade a eficiência sempre foi um dever da administração, mesmo antes da sua positivação constitucional, e infelizmente não adiantará tê-lo trazido para a Lei Maior se

os administradores não sentirem que oferecer um serviço de qualidade e agradar os usuários é uma obrigação.

Por fim, se na Constituição Brasileira existe um princípio explícito que exige do Poder Público à prestação de serviços com eficiência, logo, isso significa que a Administração é obrigada a buscar a satisfação dos usuários, com serviços de qualidade. Dito isto, é imperioso vislumbrá-lo como mais uma ferramenta normativa em favor do povo brasileiro, que tanto sofreu pelo que não lhe foi oferecido, ou seja, pelo descaso consciente e proposital do Poder Público.

Quem sabe com a conscientização dos administradores que a eficiência não é um favor, mas um dever, uma imposição, o tão sonhado “bem comum” deixe o mundo dos sentidos e invada o mundo das idéias concebido por Platão...

## **8. DESVENDANDO O SIGNIFICADO DE INTERESSE PÚBLICO PARA A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA**

A supremacia do interesse público, princípio que durante muitos anos foi visto pelos doutrinadores como essencial ao Direito Administrativo, encontra-se em xeque. Sua função é a de tornar legítimo o desequilíbrio existente entre os interesses particulares e o interesse da Administração, contudo, o último interesse, teoricamente, seria o mais importante. Na prática, a existência das cláusulas exorbitantes, previstas nos contratos com a Administração Pública representa um bom exemplo. [\[54\]](#)

Até mesmo em países como Brasil e Portugal que possuem um modelo dirigente de constituição, ou seja, aquela que determina finalidades para o Estado e para a sociedade, ainda assim, há várias conceituações para interesse público, mas na maioria das vezes sem se referir as determinações constitucionais. “No mais das vezes, o discurso de autonomia científica serviu de pretexto para liberar os administradores públicos da normatividade constitucional.” [\[55\]](#)

Parte-se da conceituação de Celso Antônio Bandeira de Mello para interesse público:

É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é do que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigam também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais. [\[56\]](#)

O interesse público apresenta-se como o interesse comum de vários indivíduo, embora essa definição não possa ser confundida com um interesse público determinado pelo administrador, mas como uma “grandeza autônoma pluralista”.

Binenbojm comentando Celso Antônio afirma que: “Assim, na medida em que procura enfatizar a existência de um elemento de ligação entre ambos os interesses (público e privado), rejeita a dissociação completa dos conceitos. Ao adotar uma concepção orgânica da relação entre indivíduo e coletivo, apresenta como inerente aos conceitos de sociedade e de Estado de Direito, conclui o autor de que as idéias de interesse público e coletivo são sinônimos.”

De fato, será se existe um princípio da supremacia do interesse público? Patrícia Baptista citando Humberto Bergmann Ávila assim dispõe:

De acordo com o professor gaúcho, os princípios jurídicos, normas-princípio, ao contrário dos princípios-axioma, devem encontrar fundamento de validade no direito positivo, de modo expresso ou implícito, e, além disso, devem permitir a sua concretização e o seu balanceamento, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso, vez que não constituem regras prontas de comportamento. Assim, para afirmar a existência de um princípio jurídico da “supremacia do interesse público” seria indispensável que se pudesse extrair o seu fundamento do ordenamento jurídico, bem como que a sua concretização pudesse ser efetuada de forma gradual, admitindo ponderação no caso de tensão com outros princípios. Nada disso ocorreria com o fato da supremacia do interesse público sobre o particular. [\[57\]](#)

Acima se percebe que o professor Humberto Ávila não concorda com a existência do princípio da supremacia do interesse público. Outro problema para a sua existência seria a dificuldade de ponderação se houver um conflito e outros princípios envolvidos. [\[58\]](#)

Uma questão ainda mais específica desperta interesse da doutrina, fala-se da eficácia do interesse público. A posição de Diogo de Figueiredo é a de que somente de maneira excepcional algum interesse público que consta de forma genérica na Lei Maior, não terá eficácia imediata, só assim, será necessária uma cláusula de reserva legal de eficácia, para desenvolver-se à normatividade infraconstitucional, na medida que a matéria sofrerá regulação adequada.

Adiante o autor afirma que não será possível ao poder legislativo restringir o elenco de interesses públicos submetidos à Administração, mas “por atendimento ao possível há de se entender o que se conforme à realidade e o que se obedeça à prioridades expressas ou implicitamente consignadas na própria Constituição”. [\[59\]](#)

Outrossim, as normas de direito público serão compreendidas como aquelas em que “embora possam ter por objeto matéria patrimonial, são alheias aos intuits especulativos às preocupações de lucro. Regulam então, questões pecuniárias como meio para atingir imediatamente o interesse geral, o bem comum.” [\[60\]](#)

Observações de Diogo de Figueiredo:

A vinculação ao interesse público, mais do que uma noção orientadora de uma das modalidades de atuação do poder público no cumprimento de sua destinação

administrativa, consolidou-se, ao longo de dois séculos, como um dogma, capaz de inibir não apenas a possibilidade de controle do mérito administrativo, ante sua invocação peremptória, como de construir-se em um intransponível obstáculo à admissibilidade de qualquer negociação entre poder público e cidadãos em última instância administrativa sobre a melhor maneira de realizar-se o seu atendimento. [61]

Por conseguinte, a vinculação entre interesse público e efetividade nos levará ao conceito de “constitucionalismo de resultado”, este que supera o constitucionalismo programático. Importa nessa relação o resultado visto como finalidade a ser obtido pelo Poder Público. Com efeito, se o resultado for compreendido como meta a ser alcançada, a eficiência é inafastável. [62]

Enfim, pode-se afirmar com certeza que o Estado Democrático de Direito atual coloca em questão o interesse público como supremo em relação aos interesses particulares, este que já foi acima explicado como a congregação de interesses individuais.

Finalmente, no que se refere aos impactos dos direitos fundamentais e da participação sobre o conceito tradicional de supremacia, esta não poderia ser do Estado, visto que não é possível sacrificar um direito fundamental em prol da prelácia de um mero instrumento. Muito menos seria possível falar-se em supremacia, quando os direitos fundamentais antecedem e prevalecem sobre quaisquer outros direitos, e para a solução do conflito, apenas seria possível uma aplicação ponderada, vez que se poderia maximizar o atendimento de todos os interesses, sem prejudicá-los ou ignorá-los. [63]

## 9. CONCLUSÃO

Não há que se temer a discussão sobre valores no Direito, afinal, em nada isto significa um retrocesso ao jusnaturalismo clássico do século XIX. Portanto, falar sobre as mutações no direito administrativo inclui a importância dos princípios constitucionais que resulta do processo de constitucionalização da Administração Pública.

O princípio da legalidade materializado na Constituição e decorrente do liberalismo, regime que defendia a liberdade individual, determina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II, CF). A partir deste enunciado, conclui-se que apenas a lei serve como mandamento estatal inaugural obrigatório e deve ser seguida pelo próprio Estado e pelos particulares. Qualquer outra determinação estatal para cingir-se de obrigatoriedade, pelo menos, precisa ser fundada em lei.

Ainda na Constituição Brasileira existe um princípio explícito que exige do Poder Público a prestação de serviços com eficiência, mas para que se alcance-a, a Administração é obrigada a buscar a satisfação dos usuários, com serviços de qualidade. É necessário vislumbrá-lo como mais uma ferramenta normativa em favor do povo

brasileiro, que tanto sofreu pelo que não lhe foi oferecido, ou seja, pelo descaso consciente e proposital do Poder Público.

O referido princípio depende para se concretizar da conscientização dos administradores, pois a eficiência não é um favor, mas um dever, uma imposição, a fim de que o tão sonhado “bem comum” deixe o mundo dos sentidos e invada o mundo das idéias concebido por Platão...

Conclui-se que quando as lições de Lassalle são utilizadas como inspiração, torna-se fácil a compreensão de que realizar a Constituição está muito além de dar-lhe existência física. Com efeito, é imperioso materializar as normas jurídicas no mundo dos fatos. A participação da sociedade é bem-vinda, logo, as normas constitucionais existem para trazer justiça e bem-estar ao povo, é natural que este faça uso das garantias institucionalizadas para a vivência dos direitos. Cita-se, como exemplos, o habeas corpus, habeas data, mandado de segurança individual, mandado de segurança coletivo, ação civil pública e ação popular.

O direito administrativo contemporâneo revelou que o caráter eminentemente legalista do Estado de Direito não se mostrava satisfatório para alcançar suas metas, inclusive, a inflação legislativa e o conteúdo nem sempre justo da lei, foram razões para a deflagração de um problema maior. Quando a lei passa a ser um instrumento comum, corriqueiro, perde-se o caráter “especial”. Foi anunciada a “crise da legalidade”! A partir daí ficou claro que não só a lei, pura e simplesmente, merecia às atenções de todos, mas sim, e principalmente, a Constituição. Não só os cidadãos seriam apresentados a essa Lei Maior como a carta de identidade do Estado, contudo, este também, ou seja, o próprio Estado deveria curvar-se às normas constitucionais.

Por fim, ainda tratando das transformações pelas quais pode ser vislumbrado um direito administrativo muito diferente, pertencente ao direito contemporâneo, o novo paradigma de Estado Democrático coloca em xeque o interesse público como supremo em relação aos interesses particulares. Não se mostra mais indispensável falar em interesse público como supremo no direito administrativo, mesmo porque o que se entende por este, nada mais é do que o reflexo do interesse de vários indivíduos, logo, uma grandeza autônoma pluralista.

## ***BIBLIOGRAFIA***

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

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

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 142, n. 36, p.35-52, jun. 1999. Disponível em: . Acesso em: 20 jun. 2009.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos . Manual de Direito Administrativo. 17ª ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007.

COSTA, Pietro; ZOLA, Danilo (Org.). O Estado de Direito: História, teoria e crítica. 6ª edição São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda [org]. Canotilho e a Constituição Dirigente. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FIGUEREDO, Marcelo As agências reguladoras. As Agências Reguladoras: o Estado de Direito Democrático no Brasil e sua Atividade Normativa. São Paulo: Malheiros.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal . Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: . Acesso em: 3 jul. 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras. São Paulo: Dialética, 2002.

LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais e Estado Constitucional**: Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho. 6ª edição São Paulo: Editora Dos Tribunais, 2009. Vários autores.

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

SILVA, João Fernando Vieira da. O resgate da idéia de constituição dirigente no constitucionalismo pátrio. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 01.06.2009

SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 3ª ed, São Paulo:Malheiros, 1998

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 31ª Ed. Malheiros 2008.

---

[1] BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 83.

[2] A doutrina moderna tem se detido, para a obtenção do melhor processo de interpretação, no estudo da configuração das normas jurídicas. Segundo tal doutrina – nela destacamos os ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin – as normas jurídicas admitem classificação em duas categorias básicas: os princípios e as regras. As regras são operadas de modo disjuntivo, vale dizer, o conflito entre elas é dirimido no plano da validade : aplicáveis ambas a uma mesma situação, uma delas apenas regulará, atribuindo-se à outra o caráter de nulidade. Os princípios, ao revés, não excluem do ordenamento jurídico em hipótese de conflito: dotados que são de determinado valor ou razão, o conflito entre eles admite o critério de ponderação de valores (ponderação de interesses), vale dizer, deverá o interprete avaliar a qual deles, na hipótese sub examine, será atribuído o grau de preponderância. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 17ª ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007. p. 16).

[3] MORAES, Alexandre. Princípio da Eficiência e Controle Jurisdicional. P. 418

[4] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 223.

[5] BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 36

[6] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Público. P. 57.

[7] BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro . Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: . Acesso em: 9 jul. 2009.

[8] SANTIAGO, Luciano Sotero. Direito do Estado. P.82.

[9] Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. p. 139

[10] BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da constituição brasileira. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 82.

[11] SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Ordenador. P.29.

[12] BAPTISTA, Patrícia. Op.cit. p. 94)

[13] SUNDFELD, Carlos Ari. Op.cit. p. 28

[14] Existiu um certo momento em que o Estado precisou dar espaço para o indivíduo conquistar a sua liberdade e realizar-se no meio social, por isso, por motivos históricos é possível compreender que o algumas relações jurídicas visavam o bem individual, não o coletivo. Com isto, era mais conveniente o Estado ceder perante a autonomia privada, do que participar dessas relações. Posteriormente, quando tais relações passaram a ser de interesse da coletividade, então, o Estado passou a funcionar como parte, mas não em posição de igualdade entre os cidadãos, e sim, de superioridade. (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios Gerais do Direito Administrativo. 3ª Ed. Vol. I. Malheiros, 2007. P.44.)

[15] BANDEIRA DE MELO. op.cit. p.76.

[16] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Revista Trimestral de Direito Público. N. 49/50. Malheiros. P.9

[17] FIGUEIREDO, Marcelo. As agências reguladoras: o Estado Democrático no Brasil e sua atividade normativa. Malheiros: São Paulo. 2005. p. 23.

[18] Op.cit.p. 23.

[19] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Revista Trimestral de Direito Público. N. 49/50. Malheiros. p.5.

- [20] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 25 ed. Malheiros. São Paulo. p. 101.
- [21] ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 2ª Ed. Malheiros. São Paulo. p. 122
- [22] SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo ordenador. Malheiros. São Paulo. p. 29.
- [23] SUNDFELD, Carlos Ari. Op.cit. p. 29.
- [24] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Público. P. 276.
- [25] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 25 ed. Malheiros. São Paulo. p. 100.
- [26] CARVALHO FILHO, José dos Santos . Manual de Direito Administrativo. 17ª ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007. p. 17.
- [27] STRECK, Lênio Luiz. Ciência política & Teoria do Estado. p. 91.
- [28] ZOLO, Danilo. O Estado de Direito. História, teoria, crítica. p.5
- [29] ZOLO, Danilo. op.cit. p.90
- [30] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. op.cit. P. 47
- [31] Nesse contexto, é correto afirmar que a dogmática administrativa estruturou-se a partir de premissas teóricas comprometidas com a preservação do princípio da autoridade, e não com a promoção das conquistas liberais e democráticas. O direito administrativo, nascido da superação histórica do antigo regime, serviu como instrumento retórico para a preservação daquela mesma lógica de poder. (BINENBOJM, Gustavo. A reconstrução democrática do Direito Público no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 501).
- [32] ZOLO, Danilo. Op.cit. p. 89.
- [33] STRECK, Lenio Luiz; José Luiz Bolzan de Moraes. Ciência Política e Teoria do Estado. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.93
- [34] Idem, ibidem, p. 94.
- [35] JUSTEN FILHO, Marçal. O direito das agências reguladoras. São Paulo: Dialética, 2002, p. 16.
- [36] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. p.363.
- [37] BONAVIDES, Paulo. op.cit. P. 363.
- [38] BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo. 2006. P. 125 - 126.

[39] Posteriormente, desfeita a equiparação racional-iluminista da lei ao direito, pela compreensão de que a lei, não é, só por si, o direito – já que ela não é só direito, podendo inclusive, manifestar-se em contradição com ele -, a validade da lei vai implicar valorações do Direito exógenas a sua gênese e estrutura; pois a lei não pode ser já o fundamento normativo de si própria; caminhamos, assim, para a análise dos princípios jurídicos fundamentais, ao serviço dos quais estará agora a generalidade, sendo as leis juridicamente inválidas se desconformes (se absolutamente incorretas no dizer de Karl Larenz) de tais princípios. (FIGUEREDO, Marcelo As agências reguladoras. O Estado de Direito Democrático no Brasil p. 25).

[40] BINENBOJM, Gustavo. op.cit. P 127-134.

[41] BINENBOJM, Gustavo. op. cit. p. 128.

[42] FIGUEIREDO, Marcelo. Temas de Direito Administrativo. p. 100.

[43] BINENBOMJ, op.cit. p. 129

[44] KELSEN. HANS. Teoria Pura do Direito. P. 221.

[45] PEREIRA, Rodolfo Viana. Hermenêutica filosófica e constitucional. 2ªed. 2007. P.89.

[46] BINENBOMJ, Gustavo. op.cit. p. 135.

[47] FIGUEIREDO, Marcelo. As agências reguladoras: o Estado Democrático de Direito no Brasil e suas agências reguladoras. p. 143.

[48] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Público. P. 231-232.

[49] FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal . Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: . Acesso em: 3 jul. 2009.

[50] BARROSO, Luís Roberto. A rstrução Democrática do Direito Público. P. 500

[51] LEITE, George Salomão; Ingo Wolfgang Sarlet. (org.) op.cit. p. 430 [artigo de autoria de Alexandre de Moraes. Princípio da eficiência e a evolução do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários].

[52] CARVALHO FILHO, José dos Santos . Manual de Direito Administrativo. 17ª ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007 p. 23

[53] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 31ª Ed. Malheiros 2008. P. 670

[54] BAPTISTA, Patrícia. Transformações do Direito Administrativo. p. 103

[55] BARROSO, Luís Roberto (org). op.cit. p. 500

[56] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. op.cit. p. 60

[57] ÁVILA, Humberto Bergmann apud BAPTISTA, Patrícia. Op.cit.p. 186

[58] Patrícia Baptista faz uma colocação interessante: A substituição da Administração pelo legislador na missão de definir o interesse público secundário representou, assim, sem dúvida alguma, um significativo avanço no sentido da submissão da Administração Pública pelo direito. Ao arbítrio do legislador sobreveio à escolha da lei, legitimada pelo princípio da participação política. Tal cenário, no entanto, apresentou significativas mudanças a partir nas últimas décadas do século XX. Em primeiro lugar, encontram-se os fatores ligados à crise da lei formal, já investigados no capítulo terceiro primeira parte. (BAPTISTA, Patrícia. op.cit. p. 193-194).

[59] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Público. p. 327

[60] BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Op.cit. p. 42

[61] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op.cit. 324.

[62] “Como se pode observar, conjugando agora as observações sobre efetividade com o novo conceito constitucional de interesse público, chega-se hoje ao conceito de constitucionalismo de resultado... Também observável e de modo muito especial, nesse processo de definição jurídica de interesse público sobressai a introdução do resultado da ação administrativa como parte essencial do conceito de finalidade pública e, nele, a evolução da eficácia à eficiência, e desta à efetividade. Na dogmática clássica a característica jurídica de eficácia dos atos do Poder Público não continha em si qualquer apreciação quanto ao resultado concreto da ação mas, apenas, a de sua aptidão para produzi-lo em abstrato... (MOREIRA NETO. Op.cit. p. 328-329).

[63] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. op. cit. p.330.