



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Constitucionalização do direito administrativo à luz dos princípios da eficiência, moralidade e legalidade – uma necessária ponderação de princípios em busca da legitimidade da atuação estatal.

Fábio Daniel Nascimento de Araújo

Rio de Janeiro
2013

FÁBIO DANIEL NASCIMENTO DE ARAÚJO

Constitucionalização do direito administrativo à luz dos princípios da eficiência, moralidade e legalidade – uma necessária ponderação de princípios em busca da legitimidade da atuação estatal.

Artigo apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Administrativo.

Professora Orientadora:
Lilian Dias Coelho Guerra

Rio de Janeiro
2013

Constitucionalização do direito administrativo à luz dos princípios da eficiência, moralidade e legalidade – uma necessária ponderação de princípios em busca da legitimidade da atuação estatal.

Fábio Daniel Nascimento de Araújo

Graduado em direito pela Universidade Federal Fluminense. Advogado da União

Resumo: Desde o seu surgimento o direito administrativo está em constante mutação, tendo adotado no Brasil inicialmente o modelo francês, sofrendo posteriormente a influência norte-americana, passando por uma fase de consolidação das ideias relativas à sua especialidade como ramo do direito e chegando ao estágio em que se destaca o direito dos administrados.

Atualmente discute-se a constitucionalização do direito administrativo, que se caracteriza pela submissão da interpretação dos institutos do direito administrativo aos valores constitucionais, em outras palavras, é a compreensão da força normativa dos princípios constitucionais e sua capacidade de influenciar e, mesmo, direcionar a exegese dos fenômenos jurídico-administrativos.

O cerne deste estudo é abordar a relevância dos princípios da eficiência, moralidade e legalidade para o processo de constitucionalização do direito administrativo e verificar como se legitima a vontade administrativa estatal à luz da juridicidade.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Constitucionalização. Princípios.

Sumário: Introdução. 1. Constitucionalização do Direito Administrativo 2. Princípio como norma jurídica 3. Funções dos Princípios 4. Princípio da Eficiência 5. Princípio da Moralidade 6. Princípio da Legalidade . Conclusão . Referências.

INTRODUÇÃO

No presente estudo pretende-se analisar o processo de constitucionalização do direito administrativo e os efeitos práticos deste fenômeno, destacando-se dos demais princípios constitucionais administrativos o estudo da tríade: eficiência, legalidade e moralidade.

Serão trazidos conceitos e fundamentos dos princípios e realizadas algumas distinções necessárias, mencionando-se ainda algumas das funções de tal espécie de norma.

Prosseguiremos abordando a ponderação como método de solução de conflitos entre princípios e os princípios da eficiência, moralidade e legalidade.

Ao final trataremos da legitimidade da manifestação de vontade administrativa.

1. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O direito administrativo surge no Brasil com forte inspiração francesa, no II Império, em meados do século XIX, época em que esse ramo do direito ainda estava nascendo na própria França, segundo SUNDFELD¹.

Àquela época, no Brasil, as questões jurídicas envolvendo o Estado eram apreciadas e julgadas por um Conselho de Estado com jurisdição administrativa, à semelhança do modelo que até hoje é utilizado na França.

Ao fim do período imperial com a proclamação da República e a entrada em vigor da nova Constituição em 1891, ocorreu a principal alteração de base no direito administrativo pátrio, o Brasil passou a adotar do modelo norte-americano de jurisdição una, sendo extinta a Justiça Administrativa brasileira².

O início da Era Vargas trouxe significativas mudanças no estudo do direito administrativo, sendo importante destacar que segundo DI PIETRO³, “*a partir da constituição de 1934, o Direito Administrativo experimentou grande evolução, em decorrência da própria previsão constitucional de extensão da atividade do Estado nos âmbitos social e econômico*”.

Abandona-se o modelo de Estado Liberal até então preconizado, apenas garantidor das liberdades individuais, para adotar-se um modelo de Estado Social em que há efetiva atuação no campo da saúde, higiene, educação, economia, assistência e previdência social⁴, com grandes reflexos nos institutos de direito administrativo.

¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 43.

² *ibidem*, p.44

³ DI PIETRO, Maria Silvia. Direito Administrativo. 20. ed.. São Paulo. Atlas, 2007. p. 21.

⁴ *Ibidem*.

É pertinente a observação de COTARELO, citado por OLIVEIRA⁵, afirmando que, não obstante suas conquistas, o Estado Social acabou por hipertrofiar demasiadamente o aparato estatal tornando-o ineficiente transformando-o em um Estado do Mal-Estar diante da intervenção desmedida, contrapondo-se assim ao idealizado “Estado do Bem-Estar”.

Surge então a necessidade de desburocratização da Administração Pública para torná-la eficiente. Nesta fase o Estado não só devolve aos particulares diversas tarefas, mas também repassa tarefas até então por ele desempenhadas (privatização de serviços públicos)⁶. Além disso, ocorre uma mudança de paradigma do estudo do direito administrativo brasileiro, passando-se da ênfase aos “poderes administrativos” do Estado para uma valorização do “direito dos administrados”.

Tendo em vista a evolução do direito administrativo ao longo da história, passamos da fase em que o Estado olhava o cidadão como objeto inerte do seu poder, posicionando-se de forma autoritária e superior, com a imposição “da vontade administrativa” a qualquer custo, para um direito administrativo que se pretende garantidor e realizador de direitos fundamentais⁷.

Durante o século XIX e boa parte do século XX embora a Constituição fosse considerada o fundamento de validade das normas jurídicas, era claro o sentimento de que ela careceria das leis para ser tornar eficaz.

Nesta ordem de ideias, enquanto não houvesse lei que regulamentasse os dispositivos constitucionais, a Constituição seria apenas uma carta de intenções, que fixaria objetivos de médio e longo prazo, mas que dependeria da colaboração dos futuros parlamentos para que a lei fosse alcançando progressivamente os propósitos constitucionais.

⁵ COTARELO, apud OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Princípios do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 11.

⁶ *Ibidem* p. 11-12.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. rev. ampl. atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 94.

Segundo OLIVEIRA⁸: “O constitucionalismo vem passando por inúmeras transformações nas últimas décadas, notadamente após a II Guerra Mundial, em virtude de sua indevida utilização como instrumento legitimador de práticas autoritárias”.

Em contraposição ao positivismo de outrora, a constitucionalização do direito constitui o fenômeno pelo qual o sistema jurídico de um país e, portanto, o próprio direito considerado, deve ser regido em sua interpretação e aplicação preponderantemente pela Constituição desse país.

Ao longo do tempo, com a evolução sociopolítica, mudou-se a perspectiva para entender que os preceitos constitucionais possuem força normativa e obrigam de maneira irrefutável, permeando com seus valores toda a legislação infraconstitucional.

Neste novo contexto, destacam-se no atual cenário constitucional, como vetores de conduta a orientar a atuação da Administração Pública e a legitimar perante a sociedade a vontade estatal, o princípio da eficiência, o da moralidade e o da legalidade.

BACELLAR FILHO⁹, apoiado na lição de ARAÚJO afirma que:

no ordenamento brasileiro, o regime da Administração Pública é, sobretudo, um regime jurídico constitucional-administrativo fundamentado não só em regras ou preceitos, mas também em princípios. A influência dos princípios na determinação do agir administrativo traz peculiaridades à interpretação do Direito Administrativo, pois estes devem ser aplicados como vetores da Administração Pública, servindo sempre de norte para as decisões dos juízos e produção legislativa.

Assim, deve o administrador público, principalmente nas hipóteses em que as normas o autorizam a fazer juízo de valor de conveniência e a oportunidade, zelar para que sejam observados tais princípios em sua atuação e ponderá-los, quando em conflito, dando-lhes a máxima efetividade, sob pena de violar o ordenamento jurídico pátrio.

⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A constitucionalização do direito administrativo. – O princípio da juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.17.

⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexos da constitucionalização do direito administrativo – Pessoa humana, processo e contrato administrativo. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 15, n. 81, p. 15-30, set./out. 2013 – obra referida ARAÚJO, Luiz Alberto David de. Concurso público e deficientes físicos: CF, art. 37, VIII. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 13, p. 235, 1996

2. PRINCÍPIO COMO NORMA JURÍDICA

Atualmente não há dúvida quanto à força normativa dos princípios valendo referir à clássica lição de BANDEIRA DE MELLO¹⁰ segundo a qual:

[...] princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhes a tônica que lhe dá sentido harmônico.

E arremata afirmando que:

[...] violar um princípio é muito mais grave do que violar uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.

Também reconhecendo os princípios como espécie de norma jurídica, BOBBIO¹¹ afirma que “*os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais*” e prossegue deixando ainda mais claro seu entendimento “Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras”¹².

Destarte, não mais se pode deixar de reconhecer e reafirmar a importância dos princípios como normas jurídicas, sendo necessário, neste ponto, verificar suas funções em relação ao ordenamento jurídico.

3. FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de direito administrativo, 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2012. p. 408.

¹¹ BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Tradução Maria Celeste C.J. Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 1999. p. 158

¹² *ibidem*.

Segundo RAMOS¹³, os princípios jurídicos possuem três espécies de função:

Como norma fundamentadora (ou informativa) da ordem jurídica, os princípios possuem três níveis de eficácia. A diretiva, que obriga a positivar normas que atendam às exigências sociais. A limitativa, que determina que a positivação de normas deva estar adequada ao conteúdo material dos princípios. E a derogatória, que nega vigência a regras que contrariem os princípios, formal ou materialmente.

Prossegue a autora sustentando que em sua função interpretativa os princípios orientam o interprete na construção de sentido e extensão de normas jurídicas (eficácia orientadora), controlam o subjetivismo do interprete e aplicador da norma (eficácia argumentativa) e servem para “obstar quaisquer formulações política e socialmente retrógradas” (eficácia prospectiva).

Por fim, ressalta que, em sua função supletiva (ou subsidiária), os princípios servem para colmatar lacunas e integrar o ordenamento jurídico (eficácia integrativa).

Verificadas as funções dos princípios, é possível constatar que nem sempre é possível aplicá-los em sua integralidade dado o seu alto grau de abstração, sob pena de assim o fazendo, desobedecer a norma de idêntica importância. Surge assim a necessidade de examinar a técnica da ponderação como ferramenta de solução de conflitos normativos.

Com o escopo de evitar ver concretizada a preocupação de SUNDFELD¹⁴, ao afirmar que no direito público brasileiro “princípios vagos podem justificar qualquer decisão”, a fundamentação da decisão tomada com base em princípios é de grande importância, mormente quando estas normas encontram-se em aparente conflito.

A ponderação se propõe a resolver tal conflito, pois na lição de RAMOS¹⁵:

[...] visa não apenas conformar princípios ou valores no plano abstrato, mas e principalmente, ensejar a efetiva concretização destes no plano fático, de forma que

¹³ RAMOS, Gisela Gondin. Princípios jurídicos, Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 97-100.

¹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. p. 60-61.

¹⁵ RAMOS, Gisela Gondin. Princípios jurídicos. p.140

a solução deve propiciar a realização concomitante de todos os bens e interesses protegidos e aparentemente conflitantes.

Ao destacar a ponderação como técnica da conjugação de valores conflitantes por meio de raciocínio interpretativo, com base na lição de BARROSO, RAMOS¹⁶ afirma que na busca da eliminação da subjetividade interpretativa tal procedimento estaria estruturado em três etapas: identificação das normas, análise dos fatos relevantes e repercussões e, por fim, a “atribuição geral de pesos, com a produção de uma conclusão”.

A observância de tal estrutura permite que sejam explicitados os motivos e fundamentos da decisão tomada com base em princípios, fazendo com que a atividade interpretativa seja passível de controle, instrumento fundamental em um Estado Democrático de Direito.

4. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência foi incorporado ao art. 37 da Constituição de 1988 através da Emenda Constitucional nº 19, muito embora antes houvesse quem já o identificasse para a Administração Pública no direito positivo desde o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967¹⁷.

BATISTA JUNIOR¹⁸, mencionando WAHRLICH, afirma que, desde o início da Era Vargas, o então governante destacava a necessidade de buscar a economia e a eficiência no serviço público, bem como a racionalização administrativa para atender os objetivos sociais por ele propostos.

¹⁶ RAMOS, Gisela Gondin. Princípios jurídicos. p.120-121. Obra citada BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro [pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo]. In: BARROSO (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.

¹⁷ BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. 2. ed. rev. atual., Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 109-110

¹⁸ *ibidem*. Obra referida WARLICH, Beatriz M. de Souza. Reforma Administrativa da era de Vargas. Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1983. p. 3-9.

No entanto, pouco de concreto foi realizado, mesmo após a Constituição de 1934, afirmando que ocorreu apenas um processo de reorganização administrativa que “*resultou apenas em um fortalecimento da organização administrativa federal, com a colocação do Presidente da República no papel de supremo coordenador dos serviços públicos nacionais*”¹⁹.

A inserção do princípio da eficiência no *caput* do art. 37 da Constituição de 1988, no contexto da Reforma Administrativa, levada a efeito pela referida Emenda, criou a estrutura constitucional da administração pública gerencial de clara inspiração neoliberal, consistente na atuação estatal de forma apenas subsidiária, demitindo-se de boa parte dos objetivos assumidos na fase do Estado Social para otimizar os recursos em busca da efetividade da sua atuação.

Convém lembrar a lição de CARVALHO FILHO²⁰ afirmando que eficiência, eficácia e efetividade são conceitos que não se confundem.

A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, eficácia tem relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental. Finalmente, a efetividade é voltada para os resultados obtidos com as ações administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos.

Essencialmente pode-se afirmar que o princípio da eficiência tem por objetivos a desburocratização, a qualidade, a economicidade, a celeridade e a presteza da atuação estatal.

Conforme lição de RAMOS²¹, o princípio da eficiência recebe especial destaque em face da discricionariedade administrativa, pois nunca o agente público pode se valer dele para justificar o afastamento ou o sacrifício da legalidade, ou seja, no âmbito público, a eficiência sempre deverá estar pautada pelos parâmetros legais estabelecidos.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 24. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 30.

²¹ RAMOS, Gisela Gondim. Princípios Jurídicos, p. 482-483.

No mesmo sentido DI PIETRO²² assevera que:

A constituição de 1988, além de ter expressamente declarado, logo no art. 1º, que a República Federativa do Brasil constitui-se em **Estado Democrático de Direito** (ao qual é inerente, por princípio, a sujeição da Administração Pública à lei), ainda consagrou, no art. 37, *caput*, o **princípio da legalidade** como sendo de observância obrigatória para a Administração Pública. Não há, portanto, fundamento constitucional para, sob pretexto de conseguir maior eficiência, desrespeitar normas expressas do direito positivo.

Se por um lado a eficiência não pode se afastar da legalidade, tampouco pode se afastar da moralidade administrativa, outro relevante princípio expresso no *caput* do art. 37 da Constituição de 1988, que funciona como parâmetro de atuação da Administração Pública, pois, se assim o fizer, tornará a conduta antijurídica.

Com fundamento na visão de MORAES, afirma BATISTA JUNIOR²³ que:

[...] o princípio da moralidade impõe balizas à atuação administrativa que permitem, juridicamente, o repúdio tanto dos desvios da finalidade administrativa primeira de perseguição do bem comum, como à utilização de meios imorais para o cumprimento de determinados fins, mesmo que de interesse público.

Diante de sua natureza de norma jurídica e atendidos os princípios da legalidade e moralidade, não resta dúvida que o princípio da eficiência serve como parâmetro de controle para a invalidação de atos que o contrariem.

5. PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Como afirmado anteriormente, a atuação estatal não pode afastar-se da moralidade sob pena de proceder contrariamente ao Direito. Isto porque desde HARIOU, citado por RAMOS²⁴, afirma-se a existência de uma moralidade administrativa que deveria pautar a atuação estatal e para o jurista e sociólogo francês, a “moral jurídica” consiste em “um

²² DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. . ed. São Paulo. Atlas, 2012. p 364.

²³ BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. P.303-305 obra referida MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

²⁴ RAMOS, Gisela Gondim. *Princípios Jurídicos*. p. 479. Obra referida HARIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. 12ª éd. Paris : Dalloz, 2002.

conjunto de regras de conduta tirada da disciplina anterior da administração”.

Atualmente não mais se cogita em apartar a moral do direito, muito embora se perceba ao longo da história que a moral social, conjunto de preceitos éticos preponderantes em determinada sociedade e em dado momento histórico, alterou-se ao sabor do modelo de Estado vigente²⁵. Passou da “ética do interesse particular” no Estado Liberal, para o “utilitarismo corporativo” no Estado Social, para que, nos tempos de Estado Democrático de Direito, houvesse a reaproximação entre a ética e política e a moral e direito, “tornando jurídicas normas que foram antes enclausuradas nos limites do campo moral, por interesses do próprio modelo político e econômico”²⁶.

Diferenciando a moralidade administrativa da moral comum MAZZA²⁷ afirma que:

O princípio jurídico da moralidade administrativa não impõe o dever de atendimento à moral comum vigente na sociedade, mas exige respeito a padrões éticos, de boa-fé, decoro, lealdade, honestidade e probidade incorporados pela prática diária ao conceito de boa administração. Certas formas de ação e modos de tratar com a coisa pública, ainda que não impostos diretamente pela lei, passam a fazer parte dos comportamentos socialmente esperados de um bom administrador público, incorporando-se gradativamente ao conjunto de condutas que o Direito torna exigíveis.

E prossegue, destacando a lição MOREIRA NETO²⁸ que reafirma a diferenciação sustentando que “Enquanto a moral comum é orientada para uma distinção puramente ética, entre o bem e o mal, distintamente, a moral administrativa é orientada para uma distinção prática entre a boa e a má administração”.

Vê-se que, à luz da moderna doutrina do direito administrativo brasileiro, estão intimamente ligados os princípios da eficiência e da moralidade sem que, no entanto, se

²⁵ BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. p. 296-297.

²⁶ *ibidem*.

²⁷ MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 2. ed..São Paulo: Saraiva, 2012. p. 95-96.

²⁸ *ibidem*. p. 105.

confundam. Aproximam-se como vetores da atuação da administração pública e se distanciam quanto aos mecanismos de controle²⁹.

Para JUSTEN FILHO³⁰ “a moralidade administrativa consiste num conjunto de imposições éticas norteadoras do exercício da função administrativa, impositiva do dever de lealdade e honestidade na gestão de recursos e no exercício de competências”.

Apartando a moralidade administrativa da moral comum, CAMMAROSANO³¹ afirma que aquela é composta pelos valores ou preceitos morais juridicizados.

Em brilhante síntese afirma que:

A moralidade administrativa tem conteúdo *jurídico* porque compreende valores *juridicizados*, e tem sentido a expressão *moralidade* porque os valores juridicizados foram recolhidos de outra ordem normativa do comportamento humano: a ordem moral. Os aspectos jurídicos e morais se fundem, resultando na moralidade jurídica, que é moralidade administrativa quando reportada à Administração Pública.

Afirma DI PIETRO³² que o princípio da moralidade também obriga o particular que se relaciona com a Administração Pública nos seguintes termos:

[...] deve ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública. São freqüentes em matéria de licitação, os conluios entre licitantes, a caracterizar ofensa a referido princípio.

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

MODESTO citado por ÁVILA³³ afirma que “o princípio da moralidade exige a *realização ou preservação* de um estado de coisas exteriorizado pela lealdade, seriedade, zelo, postura exemplar, boa-fé, sinceridade e motivação”.

²⁹ BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. p. 305. O autor destaca inúmeros mecanismos assecuratórios do princípio da moralidade e afirma que o princípio da eficiência ainda não goza do mesmo *status* na legislação ordinária, sugerindo o *impeachment* por ineficiência.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. p. 1258.

³¹ CAMMAROSANO, Márcio. O princípio da moralidade administrativa e o exercício da função administrativa. Belo Horizonte. Forum, 2006. p.113.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. p. 70.

Mais adiante ÁVILA afirma que:

Como se pode perceber, o princípio da moralidade exige condutas sérias, leais, motivadas e esclarecedoras, mesmo que não previstas na lei. Constituem, pois, violação ao princípio da moralidade a conduta adotada sem parâmetros objetivos e baseada na vontade individual do agente e o ato praticado sem a consideração da expectativa criada pela Administração.

Verificados os pontos de convergência e divergência entre direito e moral, examinaremos no tópico seguinte a legalidade.

6. PRINCIPIO DA LEGALIDADE

Preambularmente convém esclarecer que enquanto a legalidade para o particular (art. 5º, II da CRFB) significa a possibilidade de fazer tudo o que não lhe seja vedado pela lei, para a Administração Pública (art. 37, *caput* da CRFB) legalidade significa que o administrador público só pode agir de acordo com o que a lei prescreve ou faculta.

Neste tópico trataremos apenas da legalidade para a Administração Pública.

Apoiado na lição de CANOTILHO, OLIVEIRA³⁴ afirma que o princípio da legalidade administrativa possui duas importantes vertentes: supremacia (primazia, preferência ou prevalência) da lei e princípio da reserva de lei.

Na primeira, “a lei prevalece e tem preferência sobre os atos da Administração”, ou seja, a lei ocupa posição de superioridade em relação ao ato administrativo. Na segunda, “exige que o tratamento de certas matérias seja formalizado necessariamente pela legislação, excluindo a utilização de outros atos com caráter normativo”.

³³ ÁVILA, Humberto, Teoria dos princípios. 12. ed. ampl., São Paulo: Malheiros, 2011. p.79. obra citada MODESTO, Paulo. Controle jurídico do comportamento ético da Administração Pública no Brasil", RDA 209/77.

³⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A Constitucionalização do Direito Administrativo – O princípio da juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras. p.42-43 obra referida CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª Ed.. Coimbra. Almedina, 2003. p. 256.

BATISTA JUNIOR³⁵ traça um esboço histórico do princípio da legalidade afirmando que ele somente ganha reconhecimento como princípio jurídico geral quando se evolui para o Estado de Direito. Nesta época o aludido princípio tinha por objetivo limitar os poderes do executivo monárquico.

Prossegue afirmando que o princípio da legalidade transmuda-se como expressão de realce das liberdades do cidadão no Estado Liberal, e a partir de então vai perdendo a importância de outrora e a posição de superprincípio na transição à fase do Estado Social, pois diante da complexidade das relações sociais o poder legislativo não mais poderia prever todas as situações passíveis de atuação administrativa.

Já no período do Estado Democrático de Direito se mostra insuficiente para atender as imbricações do tecido social moderno, mormente diante da aspiração social eficiente, que almeja e necessidade de cada vez mais resultados, com recursos cada vez mais escassos.

Relacionado os princípios da legalidade e da eficiência BATISTA JUNIOR³⁶ afirma que *“pelo menos em tese, em um primeiro momento, uma atuação estritamente conforme ao princípio da legalidade deve visar resultados positivos para a coletividade, proporcionando um atendimento otimizado, tempestivo e eficaz das necessidades coletivas”*.

Ocorre que, como adverte OLIVEIRA³⁷, as novas e crescentes demandas sociais põe em crise a concepção tradicional (liberal) do princípio da legalidade, destacando o autor os seguintes fatores: a necessidade de desburocratização da Administração; a inflação legislativa que prejudica a segurança jurídica; a crise de legitimidade do poder legislativo e a diversidade de interesses das classes sociais.

Neste contexto, surge o princípio da juridicidade como uma ampliação do conteúdo tradicional da legalidade, ou seja, a legitimidade da atuação estatal ocorre na exata medida em

³⁵ BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. p. 278-279

³⁶ *Ibidem*. p. 280

³⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A Constitucionalização do Direito Administrativo – O princípio da juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras. p.62-63

que seus atos compatibilizam-se não só com o texto legal, mas também ao direito com um todo.

A tríade de princípios em destaque neste estudo assume papel fundamental no âmbito do Direito Administrativo ao estabelecer parâmetros intransponíveis para a atuação legítima da administração pública.

CONCLUSÃO

No atual momento do Direito Administrativo em que não mais se duvida da força normativa da Constituição e da sua preponderância sobre as demais espécies de normas, deve ser ressaltada a importância da tríade de princípios objeto deste estudo, pois, sem desmerecer os demais, a Administração Pública dos tempos atuais não pode transigir com a eficiência, legalidade ou moralidade, que conferem juridicidade à sua atuação.

Inferese do que fora afirmado neste estudo que a atuação legítima da Administração Pública pressupõe a adequação da manifestação da vontade administrativa ao direito com um todo.

Neste sentido, devem ser reputados ilegítimos e, portanto, incompatíveis com o ordenamento, os atos que embora escorados na legalidade sejam flagrantemente ineficientes; aqueles que mesmo observando a finalidade pública, utilizam-se de meios moralmente ilegítimos para atingir seu escopo e aqueles que embora possam encontrar supedâneo em dispositivo legal são rejeitados ou vedados por outra norma.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA Humberto, Teoria dos princípios. 12. ed. ampl., São Paulo: Malheiros, 2011.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexos da constitucionalização do direito administrativo – Pessoa humana, processo e contrato administrativo. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 15, n. 81, p. 15-30, set./out. 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de direito administrativo. 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.
- BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa. 2. ed. rev. atual., Belo Horizonte: Forum, 2012.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Tradução Maria Celeste C.J. Santos. 10. ed. Brasília: UNB, 1999.
- CAMMAROSANO, Márcio. O princípio da moralidade administrativa e o exercício da função administrativa. Belo Horizonte. Forum, 2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 24. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CRUZ DE OLIVEIRA, Yara Beatriz. Dosimetria da penalização nos contratos administrativos. 1. ed. Porto Alegre: Ingep, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20. ed. São Paulo. Atlas, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 9. ed. São Paulo. Atlas, 2012.
- GARCIA, Flavio Amaral. Licitações e Contratos Administrativos (Casos e Polêmicas). 3. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes. 6. ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Martires; Coelho, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do direito. 24. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A Constitucionalização do Direito Administrativo – O princípio da juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Princípios do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. 1. ed. São Paulo: NDJ, 2012.
- RAMOS, Gisela Gondin. Princípios jurídicos. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de direito. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros, 2012.