

**AURÉLIO RIBEIRO DE SOUZA**

## **Administração Pública**

*Harmonização dos Princípios Constitucionais da Legalidade e  
Eficiência Administrativas.*

Monografia como requisito para conclusão  
do curso de graduação de bacharel em  
Direito da Universidade Federal do Paraná.  
Orientador: Prof. Elizeu de Moraes Correa  
Área de Concentração: Direito do Estado  
Linha de Pesquisa: Direito Constitucional e  
Administrativo

**CURITIBA - 2004**

**À Tânia e ao Luís Fernando,  
Com muito amor**

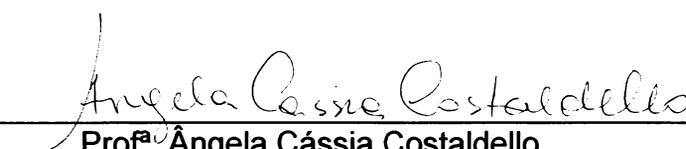
TERMO DE APROVAÇÃO

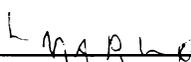
AURÉLIO RIBEIRO DE SOUZA

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS  
CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE E EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVAS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação  
no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da  
Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

  
Orientador: Prof. Elizeu de Moraes Corrêa

  
Prof.<sup>a</sup> Angela Cássia Costaldello

  
Prof. Luiz Marlo de Barros Silva

“O ideal, no plano do ordenamento jurídico, não é o irrepreensível em face da ética abstrata, ou o correto em relação à lógica formal, mas o que é satisfatório e operante em função do interesse de mais valia, pois, se a lei é uma disciplina das imperfeições humanas, a aplicação da lei há de informar-se, a fim de que o direito efetivamente se realize, no propósito de alcançar um *modus vivendi* que mais se aproxime da perfeição.”

Márcio Moacir Porto, in *Teoria da Aparência e Herdeiro Aparente*, RT 260, p.31

“Olhos postos no porvir, não é despropositada a suposição de que a informatização da sociedade venha a permitir a *desburocratização do direito*, o que poderá – quem saberia dizê-lo, hoje? – decorrer da ênfase dos *princípios jurídicos de cada direito*.”

GRAU, Eros Roberto, *o direito posto e o direito pressuposto*, malheiros, 5ª ed., pg 110

I. Introdução.....	7
Cap 1-Estado , Sociedade e Globalização.....	11
1.1 Estado Brasileiro.....	12
Aspectos Gerais.....	12
a) Elementos Constitutivos materiais.....	12
b) Ordem Jurídica.....	13
c) Instituições.....	13
Aspectos Específicos.....	13
d) Sociedade civil.....	13
e) Posição na ordem global.....	13
f) “Arquitetura imperfeita”.....	13
1.2 Estado Social e Democrático de Direito.....	14
1.3 Estado e Sociedade.....	14
1.4 Estado e Globalização.....	15
1.5 Estado e Separação de Poderes.....	16
a) Poder Executivo.....	17
b) Função Normativa.....	18
c) Função Administrativa.....	19
Cap 2-Direito e Ciência do Direito.....	19
2.1 Direito.....	20
2.2 Ciência do Direito.....	20
2.3 Breviário da Teoria dos Princípios.....	21
a) Princípio como norma jurídica.....	21
b) Norma jurídica.....	21
c) Princípio.....	21
c) Caráter deôntico-teleológico.....	22
d) Caráter abstrato.....	22
e) Função prospectiva.....	23
f) Caráter inter-relacional.....	23
g) Distinção entre princípio e regra.....	23
g.1) Quanto a natureza do comportamento prescrito.....	23
g.2) Quanto ao modo de justificação.....	23
g.3) Quanto a medida de contribuição para a decisão.....	23
h) Quadro esquemático.....	24
Cap. 3- Interpretação: por uma hermenêutica orientada a valores.....	24
3.1 “Doutrina Tradicional” - Visão conceptualista.....	25
3.2 Harmonização de Princípios.....	26
3.3 Processo Argumentativo.....	27
3.4 Diretrizes hermenêuticas.....	27
3.5 Valoração.....	27
3.6 Necessidade do pensamento “tópico”.....	28
3.7 Eficácia dos Princípios.....	28
3.8 Ponderação.....	28
Cap4 - Conceitos fundamentais do Direito Administrativo.....	29
4.1 Direito Administrativo.....	29
4.2 Ato administrativo.....	30
4.3 Processo Administrativo.....	30

4.4	Serviço Público .....	31
4.5	Interesse Público <i>versus</i> Interesse Privado .....	31
Cap. 5-	Administração Pública .....	32
5.1	Conceito .....	32
5.2	Administração Pública e Governo.....	33
5.3	Organização .....	34
5.4	Atividades .....	35
5.5	Princípios da Administração Pública.....	35
5.6	Reforma Administrativa .....	36
Cap 6 -	Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado .....	37
6.1	O Plano.....	37
6.1.1	NÚCLEO ESTRATÉGICO.....	38
6.1.2	ATIVIDADES EXCLUSIVAS.....	39
6.1.3	SERVIÇOS não exclusivos.....	39
6.1.4	PRODUÇÃO DE BENS E SERVIÇOS PARA O MERCADO .....	39
6.2	Execução - O que foi implementado .....	40
6.2.1	Dimensão Institucional-Legal.....	40
6.2.2	Dimensão Cultural.....	41
6.2.3	Dimensão Gestão .....	41
Cap 7-	Princípio da Legalidade .....	41
7.1	Poder discricionário .....	44
7.2	Poder vinculado .....	45
Cap 8-	Princípio da Eficiência.....	45
8.1	Idéia de eficiência .....	45
8.2	Conceito Jurídico .....	46
8.3	Eficácia.....	46
8.4	Efetividade.....	47
8.5	Legitimidade .....	47
Cap 9 -	Legalidade e Eficiência.....	48
9.1	Oposição? .....	48
9.2	Legalidade em face da Eficiência .....	49
9.3	Eficiência em face da Legalidade .....	49
9.4	Harmonização da eficiência e legalidade .....	49
Cap 10-	Controle da Administração .....	50
10.1	Conceito .....	50
10.2	Controle de legalidade e legitimidade .....	51
10.3	Controle interno e externo.....	51
10.4	Controle administrativo, parlamentar e jurisdicional.....	52
10.4.1	Controle administrativo .....	52
10.4.2	Controle jurisdicional.....	52
Cap 11-	Considerações finais e Conclusões .....	53
11.1	Considerações finais.....	53
11.2	Conclusões .....	54
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>56</b>

## I. Introdução

Há quem diga que “o Direito Administrativo é o direito do cidadão”. A simpática e eloqüente locução, embora imprecisa, expressa uma faceta do Estado Social e Democrático de Direito. Aquela em que o ordenamento jurídico confere ao cidadão contribuinte a titularidade de determinados direitos subjetivos. Estes novos direitos oponíveis ao Estado propiciam aos cidadãos exigir prestações estatais positivas.

No entanto, em que pese o direito positivo legitimar demandas da sociedade civil em face do Estado, os seus órgãos de atuação, o aparelho estatal, nem sempre estão preparados para correspondê-las. As demandas transformam-se, assim, em desafios ungidos de caráter de obrigações do poder público. E, em caso de não atendimento, pode ocorrer crise de legitimidade.

Para mostrar os desafios(ou obrigações) que a Administração Pública brasileira tem pela frente, nada melhor que artigos de jornais de grande credibilidade e circulação. Em “Que tal uma faxina?”, publicado na edição de 29 de agosto da *Folha de São Paulo* (reproduzido pela *Gazeta do Povo*), é apresentado um diagnóstico inequivocamente negativo do atual estado da Administração Pública como prestadora de serviços públicos materialmente fruíveis pelo cidadão.

Com efeito, para o autor da matéria, o empresário Antônio Ermírio de Moraes, “Não há dúvida. O Brasil não consegue se livrar do veneno da burocracia”. O articulista se refere a morosidade e ineficiência da atuação do poder público. Na seqüência, prossegue a sua ácida crítica. “A burocracia é um veneno que parece ter vida própria. A depender dos burocratas, ela jamais diminuirá. Afinal, eles vivem de criar dificuldades para vender facilidades. **Burocracia e corrupção são irmãs siamesas**”<sup>1</sup>.

A diagnose do aparelho estatal, como apresentada, da perspectiva do “mundo do ser” – não do “dever-ser”-, mostra o descompasso entre o texto constitucional e a dura realidade das precárias instituições do Estado Brasileiro que se refletem na Administração Pública. Afinal, se o texto constitucional estabelece os mandamentos da **legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** da

---

<sup>1</sup> Folha de São Paulo e Gazeta do Povo, DOMINGO, 29 de agosto de 2004. Grifos do autor

Administração Pública insculpidos na Constituição Federal; de outro, impera a falta de efetividade dos princípios referidos.

Se formos capazes de antagonizar o binômio “burocracia”/corrupção, na acepção em que os termos foram apresentados, com o da eficiência/legalidade na Administração Pública, estará demonstrada a importância e atualidade do tema *Eficiência e Legalidade da Administração Pública*.

E mais, se “o quadro pessimista” corresponder à realidade, a Administração Pública precisa melhorar, e muito. A condução do processo construtivo de transformação, cabe a toda sociedade civil, e os operadores do direito têm o seu papel. Entendemos não mais adiantar atribuir a culpa do atraso aos efeitos da globalização nos países periféricos ou às tentativas ou simples ameaças de implantação de modelos econômicos “neoliberais”. A responsabilidade de transformação é de toda a sociedade, e esta não pode se furtar ao desafio de construir um “Brasil de Todos”<sup>2</sup>.

Por óbvio, não se está aqui a dizer que estes fatores, quais sejam a inserção do Brasil num mundo global e as “políticas neoliberais”, não condicionam as transformações que, construtivamente, se pretende realizar. No entanto, em que pese a existência de fatores exógenos sobre os quais não há controle - é verdade-, ainda há amplas e profundas margens de atuação, serena e gradativa, aptas a alcançar grandes realizações no campo da Administração Pública. Bons resultados já foram alcançados, e muito mais há por ser feito.

Em razão das mazelas nacionais, como a pobreza de parcela expressiva da população convivendo com o desperdício e a corrupção, herança histórica de modelos de estado anteriores, cartorial e patrimonialista, e das demandas sociais gigantescas - de um país periférico, subdesenvolvido e de dimensões continentais- , há um longo caminho a percorrer.

Além de objetivar preencher requisito para obtenção do título de bacharel em direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), esta monografia tem pretensão a mais: dar contribuição científica, a luz de doutrina mais atualizada - sem qualquer ânimo inovador ou revolucionário- para enfrentar o desafio da (re)construção da Administração Pública Brasileira.

Assim, com os pés no chão e a cabeça olhando para o horizonte, o trabalho tem como premissa axiológica a importância e necessidade de um Estado Democrático

---

<sup>2</sup> Slogan da Presidência da República, Governo Lula, 2003-2006.

Social e de Direito, a par do sistema hegemônico do modo de produção capitalista. Justifica-se a concepção pelo reconhecimento das conquistas do passado sem perder de vista o caminho a ser palmilhado. Trata-se de uma **perspectiva utópica-realista**<sup>3</sup>. Vejamos.

Na obra “Tábula Rasa” de Steven Pinker (São Paulo, Saraiva, pag. 92-145) - livro que pode ser considerado o *Novo Tratado da Natureza Humana*-, o autor, psicólogo especializado em ciência cognitiva e psicologia evolucionista, desloca o eixo das discussões políticas do plano Direita *versus* Esquerda para um novo eixo, intitulado Visão Trágica *versus* Visão Utópica. A translação promovida pelo autor, indicado como um dos cem americanos a serem lembrados para o próximo século<sup>4</sup>, é relevante em razão do forte conteúdo emocional das expressões “direita” e “esquerda” e do esvaziamento dos respectivos significados que a paixão e polarização destrutiva provocam.

Na visão utópica, “a natureza humana muda com as circunstâncias sociais”<sup>5</sup>. “Práticas como a monarquia absolutista, a escravidão, a guerra e o patriarcado [que] já pareceram inevitáveis (...) desapareceram ou se atenuaram em muitas partes do mundo graças a mudanças em instituições que outrora foram consideradas arraigadas na natureza humana”<sup>6</sup>. Assim, “a existência de sofrimento e injustiça nos põe diante de um inegável imperativo moral. Não sabemos o que somos capazes de conseguir antes de tentar, e a alternativa, resignarmos a esses males porque é assim que o mundo é, agride a nossa consciência”<sup>7</sup>. Daí a vontade de transformar o mundo, serena e gradativamente, ao acreditar nos desígnios do Estado Social e Democrático de Direito.

Já na visão trágica, ao contrário da utópica, projetos futuros em grande escala não são desejados. Qualquer tentativa de mudança das instituições são concebidas como revolucionárias, de conseqüências imprevisíveis. Esta preocupação dos “trágicos” não é de todo equivocada. As experiências recentes e frustradas na tentativa de transformar a realidade para melhor, tais como o socialismo-real e o

<sup>3</sup> Perspectiva baseada no credo de que é preciso avançar, reconhecendo-se as conquistas do passado e projetando um futuro melhor, sem perder de vista o quadro presente. “Navegar é preciso: reconheça. antes. aonde está e decida para onde vais”.

<sup>4</sup> Revista *Newsweek*

<sup>5</sup> PINKER, Steven, “*tabula rasa*”, *a negação contemporânea da natureza humana*, Companhia das Letras, São Paulo, 2004, pg 393-395.

<sup>6</sup> PINKER, Steven, *Op cit.* pg 395

<sup>7</sup> PINKER, Steven, *Op cit* pg 395

nazismo. de triste memória, são emblemáticos exemplos para justificar o receio. Assim, de acordo com essa linha de raciocínio, na concepção trágica, a natureza humana é impeditiva de grandes transformações. Seria preferível apostar nas tradições oriundas da “religião, família, costumes sociais, costumes sexuais e instituições políticas”<sup>8</sup> concebidas como

“uma destilação de técnicas imemorais de eficácia comprovada para nos permitir contornar as imperfeições da natureza humana. São tão aplicáveis aos humanos hoje quanto na época em que surgiram, mesmo que ninguém atualmente saiba explicar a sua base racional. Por mais imperfeita que possa ser a sociedade, devemos compará-la com a crueldade e privação do passado real, e não com a harmonia e afluência de um futuro imaginado. Já somos afortunados por viver em uma sociedade que mais ou menos funciona, e nossa prioridade deveria ser não estragá-la, pois a natureza humana sempre nos deixa à beira do barbarismo. E como ninguém é esperto o bastante para prever o comportamento de um único ser humano, quanto mais de milhões deles interagindo em uma sociedade, devemos desconfiar de qualquer fórmula para mudar a sociedade de cima para baixo, pois é provável que ela tenha conseqüências impremeditadas piores do que o problema se destinava a resolver. O melhor que podemos esperar são mudanças incrementais que se ajustam continuamente segundo o *feedback* dado pela soma de suas conseqüências boas e más”<sup>9</sup>.

A perspectiva científica a ser adotada nesta monografia é a utópica, temperada com alguma noção da realidade e serenidade. Ao longo do texto, se procurou estabelecer algum diálogo com a Ciência Política e a Sociologia.

É inequívoco o caráter científico da proposta; veja-se, por exemplo, a posição de Eros Grau, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e, atualmente, Ministro do Supremo Tribunal Federal, para quem a ciência do direito deve ter como pressuposto a “impossibilidade de pensarmos o direito ‘fechado’ às demais ciências humanas ou culturais”<sup>10</sup>, desautoriza a “visão do direito como ciência ‘fechada’”<sup>11</sup>. Para o jurista, tal visão “transforma o dogmático em um pobre tecnólogo ou tecnocrata, nada mais que um mero leguleio”<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> PINKER, Steven, *Op cit* pg 394

<sup>9</sup> PINKER, Steven, *Op cit*, pg 393-395.

<sup>10</sup> GRAU, Eros Roberto, *o direito posto e o direito pressuposto*. Malheiros. São Paulo, 5ª ed, 2003, pg 256

<sup>11</sup> GRAU, Eros Roberto, *Op cit* pg 256

<sup>12</sup> GRAU, Eros Roberto, *Op cit*, pg 256

Ademais, a metodologia científica a ser adotada parte das lições de Karl Larenz<sup>13</sup>. A concepção de “ciência do direito” adotada pelo autor, a qual pretende-se seguir, é “aquela que se confronta com a solução de questões jurídicas no contexto e com base em um ordenamento jurídico determinado, historicamente construído”<sup>14</sup>. Trata-se de uma abordagem que não admite como “‘adequados’ apenas os enunciados produzidos no âmbito da lógica ou da matemática”<sup>15</sup>. Antes, o método proposto se desenvolve segundo um “pensamento ‘orientado a valores’, que permitem contemplar valorações previamente dadas”<sup>16</sup> pelo próprio ordenamento jurídico. Deste modo, “são as valorações previamente susceptíveis de confirmação e passíveis de uma crítica racional”<sup>17</sup>. Assim considera-se adequado o pensamento de Karl Larenz, para quem a “metodologia jurídica não pode existir sem a filosofia do direito”<sup>18</sup>.

O escopo do trabalho não permite, dialeticamente, antecipar eventuais objeções que eventualmente possam ser formuladas, principalmente pelas correntes formalista e estruturalista da Ciência do Direito. Mesmo reconhecendo a existência de oposições, o caminho está escolhido e o destino traçado.

Este trabalho tem pretensão a mais. Dar, sem inovar, alguma contribuição e ênfase para a necessidade de construção da Administração Pública do “verdadeiro” Estado Democrático Social e de Direito Brasileiro, que tenha como valor primeiro a dignidade da pessoa humana.

## Cap 1-Estado , Sociedade e Globalização

“Um texto fora do contexto vira pretexto”

Este capítulo é reservado a estabelecer o contexto em que se insere Administração Pública. Em outros termos, trata da realidade da qual a Administração faz parte. É sobre a realidade que opera o direito. O contexto é produto das instituições do Estado, da Ordem Jurídica e das condições econômicas e sociais em que a Administração Pública atua.

<sup>13</sup> LARENZ, Karl *METODOLOGIA DA CIÊNCIA DO DIREITO*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª ed

<sup>14</sup> LARENZ, Karl *Op cit*. pg 1

<sup>15</sup> LARENZ, Karl. *Op cit* pg 3

<sup>16</sup> LARENZ, Karl. *Op cit* pg. 3

<sup>17</sup> LARENZ, Karl. *Op cit* pg. 3

<sup>18</sup> LARENZ, Karl. *Op cit* pg 4

## 1.1 Estado Brasileiro

Conceituar Estado, adverte Kelsen, em razão da “variedade de objetos que o termo denota”<sup>19</sup>, não é tarefa fácil. Não raro, a expressão é empregada numa mesma obra sob acepções diferentes. Noutros casos, distintos autores dela fazem uso sob diferentes perspectivas, de modo que não há termo de (ou para) comparação. Para a tarefa e propósito desta monografia, satisfatória é, no entanto, uma noção contemporânea de Estado, em vez de seu conceito<sup>20</sup>.

Cabe, primeiramente, afastar a noção *kelseniana* de Estado vista como personificação da ordem jurídica. A noção minimalista de Estado que o reduz ao ordenamento jurídico não merece mais guarida. No contexto atual do ocidente, o Estado assume forma complexa “da qual o direito é apenas um dos elementos constitutivos”<sup>21</sup>.

A concepção do Estado contemporâneo se erige, assim, a partir de caracteres não só jurídicos como históricos e sociológicos. Esta abordagem afasta, porém, “a noção de Estado” para dar acento às noções de Estados. Daí se falar na noção do Estado Brasileiro, distinta da noção de qualquer outro Estado-Nação.

Assim, a noção do Estado Brasileiro atual envolve seus elementos constitutivos materiais, a ordem jurídica, as instituições, a sociedade civil e, finalmente, a sua posição na ordem global.

### *Aspectos Gerais*

#### *a) Elementos Constitutivos materiais*

São elementos constitutivos materiais o povo brasileiro e seu território. O povo corresponde a coletividade de mais de 170 milhões de seres humanos basicamente circunscrita num território de 8 milhões e meio de quilômetros quadrados, submetida a um poder soberano voltado para a realização de certas finalidades.

<sup>19</sup> KELSEN, Hans, *TEORIA GERAL DO DIREITO E DO ESTADO*. Trad. Luís Carlos Borges. Martins Fontes, São Paulo, 2000, pg 261

<sup>20</sup> Para Eros Grau um conceito é representação, através de uma idéia universal, de um objeto; representa precisamente o objeto; já a noção seria apenas um arquétipo. GRAU, Eros Roberto. *Op cit.* pag. 195

<sup>21</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado Governo e Sociedade*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Ed. Paz e Terra, 11ª ed, pag. 57

**b) *Ordem Jurídica***

A ordem jurídica, instituidora do poder soberano e dos fundamentos de seu exercício, edifica-se sobre os arts. 1º, 2º, e 3º da Constituição Federal, que projeta a persecução de um Estado Social e Democrático de Direito.

**c) *Instituições***

As várias instâncias organizadas, historicamente construídas, de exercício de poderes e funções específicas; em formação.

***Aspectos Específicos***

**d) *Sociedade civil***

Coletividade fragmentária e pouco organizada; suas representações são pouco vertebradas; alguns sinais positivos de que modifica e conforma o Estado Brasileiro e por ele é modificado e conformado. Composta de segmentos que interagem entre si, estabelecendo um correlação de forças mediadas pelas instituições.

**e) *Posição na ordem global***

País periférico, em vias de desenvolvimento, economicamente vulnerável.

**f) *“Arquitetura imperfeita”***

Neste contexto, o Estado Brasileiro, na metáfora de Gilberto Mello Kujawski, é uma “arquitetura imperfeita”<sup>22</sup>.

“O Brasil é, ou projeta ser, uma edificação grandiosa, mas sua arquitetura padece de imperfeições graves, que ameaçam a segurança e estabilidade do edifício e que precisam ser corrigidas para garantir sua permanência histórica... O resultado é que habitamos um construção constantemente estremecida pela instabilidade política, pela incerteza do direito público, pelas distorções sociais e pela descontinuidade do crescimento econômico, guiado mais pela lógica do mercado do que pelos reclamos imperiosos do consumo... Só a manutenção, a continuidade e o aperfeiçoamento da vida democrática poderão sanar, a médio e longo prazos, nossos problemas estruturais de comunicação, de representação e de interação entre a sociedade e o Estado, trazendo o entrosamento e a estabilidade da base com a abóbada[Estado], de modo a justificar a

---

<sup>22</sup> KUJAWSKI, Gilberto de Mello. *Idéia de Brasil, a arquitetura imperfeita*. Ed. Senac, pag 151

resplandecência desta última no corpo místico da Colônia, na mística do Império e no messianismo da República”<sup>23</sup>.

O pensamento de Kujawski é a mais pura síntese da imperiosa necessidade de construção e reconstrução do Estado Brasileiro. Tal qual os Estados Unidos da América, o então nascente Estado Brasileiro fora um projeto de império que frustrou as expectativas e, porque não dizer, a sua própria vocação. Nada impede, porém, que o Estado Brasileiro retome o seu projeto. A Administração Pública e seus operadores têm, a par de outras instituições e agentes, um papel importante na consecução dos objetivos deste projeto.

## 1.2 Estado Social e Democrático de Direito

O Estado Brasileiro, com sua “arquitetura imperfeita”, tem como projeto um Estado Social e Democrático de Direito. Este corresponde ao modelo social e historicamente construído nos países desenvolvidos. Assim, é instituído formalmente por uma Constituição que o regula, capaz de garantir as liberdades individuais, governado por agentes políticos eleitos pelo povo, este último composto de cidadãos, titulares direitos individuais, políticos e sociais; deve estar apto a garantir o desenvolvimento sustentado com justiça social.

Pode-se chamá-lo simplesmente Estado Social pois os elementos “Democrático” e de “Direito” são pressupostos de sua formação.

No Estado Social, além das garantias e liberdades dos Estados Modernos de índole liberal-burguesa, os cidadãos são titulares de direitos outros, realizadores da dignidade da pessoa humana, oponíveis ao próprio Estado, que tem o dever de garanti-los via atuação positiva para gerar desenvolvimento com justiça social.

## 1.3 Estado e Sociedade

A ideologia liberal, complexo de doutrinas que orientou a formação dos Estados Modernos, tinha como premissa oculta ou manifesta o antagonismo entre o Estado e a Sociedade<sup>24</sup>. Esta “oposição” atendia aos interesses da ascendente classe burguesa. O modelo teórico justificava, através da existência de direitos naturais indisponíveis do indivíduo, a imputação de limites que nem mesmo o poder do

---

<sup>23</sup> KUJAWSKI, *Op cit*, pag 151

soberano poderia violar. Construiu-se, assim, as bases teóricas, para a transição do Estado Absolutista para o Estado de Direito Liberal Burguês. Instala-se, como pressuposto da doutrina, “a cisão entre Estado e Sociedade”<sup>25</sup>.

Com o advento do Estado Social e Democrático de Direito a “oposição” não mais se justifica. O antagonismo, que fora artificialmente construído pela burguesia, desfalece, embora possa eventualmente recrudescer em momentos de ilegitimidade e inefetividade do Estado Social e Democrático de Direito. Ora, se ele não cumpre o seu papel através de prestações positivas, melhor seria tê-lo apenas como Estado-Garantia, em suma Estado-Liberal. Este é o argumento reacionário.

No contexto do Estado Social, nas palavras de Eros Grau, este “é o espaço de socialização da liberdade” posto estar “a serviço da satisfação do social”<sup>26</sup>. A liberdade pressupõe o próprio Estado Social.

#### 1.4 Estado e Globalização

A globalização é um fenômeno multidisciplinar. Inicialmente foi associado exclusivamente à expansão do capitalismo dos Estados Unidos e, à reboque, das grandes potências da Europa, além das suas fronteiras. Atribuí-se ao fenômeno como efeito imediato da pressão dos EUA e grandes potências européias, sem falar do Japão, que exerciam e exercem sobre todos os países integrados à economia internacional.

De fato, foi através da economia que os Estados mais sentiram (e sentem) os impactos da Globalização. Principalmente os periféricos, vulneráveis à volatilidade do capital-financeiro especulativo, em razão da necessidade de refinanciamento de suas elevadas dívidas. O Estado Brasileiro não é exceção.

Não há dúvida que na globalização avulta a dimensão econômico-financeira. No entanto, suas manifestações se espraiam nos campos político, cultural, jurídico, modificando tudo que toca.

A existência do fenômeno é tributária da tríplice revolução tecnológica: a da informática, a da microeletrônica e a das telecomunicações.

A ordem jurídica dos Estados Nacionais e, porque não dizer, os próprios Estados, sofrem profundas modificações. A estas modificações Oscar Vilhena Vieira

---

<sup>24</sup> GRAU, Eros Roberto. *Op cit* pg 257

<sup>25</sup> GRAU, Eros Roberto. *Op cit.* pag. 261

<sup>26</sup> GRAU, Eros Roberto. *Op cit.* pag. 264

dá o nome de “realinhamento constitucional”<sup>27</sup>. São mudanças profundas nas ordens econômica e social que buscam harmonizá-las, ao mesmo tempo, com a integração econômica, em escalas regional e mundial, e com o que se chama de *cosmopolitanismo ético*. Por isso, sem uma abordagem no contexto da globalização e seus efeitos, não é possível um estudo acurado da Administração Pública e seus desafios. Vale dizer, a “Globalização cria complexidade e aumenta a interdependência do sistema jurídico em relação ao seu ambiente externo”<sup>28</sup>.

A Administração Pública é instituída, conformada e modificada por uma ordem jurídica alinhada à uma ordem de outra dimensão: a ordem global. Observa-se, notadamente, a convergência entre os direitos e as economias do países inseridos no contexto global.

### 1.5 Estado e Separação de Poderes

As idéias contidas na expressão *Separação de Poderes* representam, sem sombra de dúvida, um marco de uma conquistas histórica da civilização ocidental. Aquele a partir do qual se consolida o Estado de Direito. Para Montesquieu, no clássico *O Espírito das Leis*<sup>29</sup>, *Separação de Poderes* representa o mecanismo direcionado ao exercício das liberdades individuais. Baseado no pressuposto de que o poder político concentrado nas mãos de um único órgão ou pessoa transformá-lo-ia em tirânico, opressor, a teoria da *Separação dos Poderes* reconhece com requisito necessário a existência de um Estado de Direito a cláusula constitutiva da distribuição das funções indispensáveis ao exercício do poder político a órgãos distintos, titularizados por agentes políticos.

Com efeito, no Estado de Direito, o exercício do poder é dividido entre órgãos que controlam uns aos outros. Assim, a lei produzida por um deles obrigatoriamente deve ser reconhecida pelos demais, podendo o cidadão deduzir pretensões, enfim opor direitos violados ao próprio Estado que eventualmente pode reconhecê-los.

Esta formulação clássica da *Separação dos Poderes* vem sofrendo ao longo do tempo temperamentos, através de reformulações quase que consensuais. Primeiramente a expressão entra em contradição com a noção de Estado, erguido a

<sup>27</sup> Oscar Vilhena Vieira in *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, pag. 16.

<sup>28</sup> Celso Fernandes Campilongo in *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, pag. 83

partir de um poder supremo internamente e independente externamente. Na realidade o poder é um só. Em segundo lugar, não existe *Separação de Poderes* mas *mecanismo de freios e contrapesos* – expressão cunhada na obra *The Federalist* - através do qual os órgãos de exercício do poder controlam-se mutuamente. Para comprovar o que está dito, basta uma leitura atenta e sistemática da Constituição Federal, que incorpora, no nosso tempo, os valores doutrinários de *O Espírito das Leis*, de Montesquieu, e *O Federalista*<sup>30</sup>, de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay.

A vista das reformulações, melhor seria falarmos em exercício de funções distribuída entre órgãos, adotando-se o critério material de classificação. Estes órgãos reclamariam, por sua vez, outro critério de classificação, este subjetivo, baseado na sua função principal – mas não única ou exclusiva. As duas classificações a que nos referimos são ternárias<sup>31</sup>, merecendo a classificação das funções a primazia sobre a classificação dos órgãos (*poderes*).

No que tange as funções, as três categorias são as seguintes: função normativa, função administrativa e função jurisdicional<sup>32</sup>. Quanto à classificação dos órgãos (*poderes*), com fulcro num critério da atividade precípua realizada, as categorias são: *poder executivo*, *poder legislativo* e *poder judiciário*.

No estudo da Administração Pública, assume maior expressividade as noções de *Poder Executivo*, *Função Normativa* e *Função Administrativa*, a seguir explicitados.

#### **a) Poder Executivo**

O escopo deste trabalho é a Administração Pública vista sobre tríplice perspectiva; das instituições do Estado, do contexto histórico, econômico e social onde opera e, finalmente, do ordenamento jurídico-administrativo onde opera. Na ótica das instituições do Estado Brasileiro, a Administração Pública integra o Poder Executivo, daí a necessidade de aprofundar este conceito.

Um caminho usado para estabelecer a noção *Poder Executivo* consiste em conceituá-lo negativamente com base nos conceitos de *Poder Judiciário* e *Poder Legislativo*. Assim, trata-se de órgão estatal de cuja atividade principal não é produzir

<sup>29</sup> MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*.

<sup>30</sup> Alexander Hamilton e outros. *O Federalista*. Ed Russel

<sup>31</sup> Para o escopo do trabalho, não enfrentaremos as posições que afirmam a existência de um 4º, 5º, 6º poder

<sup>32</sup> Classificação de Eros Grau. *Op Cit.* Pag. 236.

leis gerais e abstratas, atribuição do *Poder Legislativo*, como também não é aplicar o direito aos casos concretos controvertidos submetidos à jurisdição, que incumbe ao *Poder Judiciário*. O que sobra do exercício do poder político é *Poder Executivo*.

Outra forma recorrente de estabelecer o conceito de *Poder Executivo* encerra uma tautologia: *Poder Executivo* é aquele incumbido de executar as leis elaboradas pelo *Poder Legislativo*<sup>33</sup>. Em síntese, *Poder Executivo* é aquele que executa. Verificada as insuficiências, é preciso avançar um pouco mais.

Conceitos negativos supõem a existência de um ou mais conceitos fortes comparativamente àquele que se quer conceituar. Já o recurso à tautologia é expediente usado ante a dificuldade de conceituar. Como, ao contrário, ao *Poder Executivo* cabe a primazia do estabelecimento das políticas governamentais, o conceito negativo não combina. E, ademais, a tautologia demonstra apenas a dificuldade de expressar o conceito o que exige maior acurção na análise e reflexão do tema.

A noção de Poder Executivo se consubstancia pela incumbência de duas subespécies de função: governo e administração. As função de governo reporta-se à atuações “políticas e as co-legislativas e de decisão”<sup>34</sup>. A função administrativa, objeto de maior detalhamento a seguir, tem três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público.

#### **b) Função Normativa**

A função normativa é aquela através da qual se produz comandos estatais. Função originariamente do *Poder Legislativo*, incumbe atualmente também ao Poder Executivo o seu desempenho, sobretudo em determinadas circunstâncias contingentes em razão de sua “capacidade normativa de conjuntura” para as quais o *Poder Legislativo* não reúne estruturalmente os atributos para a sua realização. A função normativa tem força conformadora, modificadora e constitutiva da estrutura da Administração Pública. A competência para o exercício desta função é atribuída e distribuída harmonicamente aos Poderes Legislativo e Executivo.

<sup>33</sup> MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: RT. 2ª ed. 2003, pag 120

<sup>34</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 21ª ed., pag. 108

c) ***Função Administrativa***

Função de execução de atividades reputadas de interesse público sobre o regime do primado do público sobre o privado (regime jurídico-administrativo), próprio das relações entre o Estado e o cidadão. Consiste no exercício de atividade pré-ordenada tendente a um fim reputado e definido pela ordem jurídica como de interesse público<sup>35</sup>.

## **Cap 2-Direito e Ciência do Direito**

O Direito Administrativo, como ramo jurídico da organização e disciplina da Administração Pública, passa por uma fase de profundas transformações. Ao mesmo tempo em que surgem novos conceitos, os clássicos, com raízes históricas no Séc. XIX, estão sendo submetidos a profunda revisão. Advém, assim, a necessidade de reflexão no plano científico sobre conceitos saturados e outros ainda não suficientemente problematizados e esclarecidos..

Uma investigação científica no âmbito do Direito Administrativo pressupõe uma tomada de posição quanto a concepção de Direito adotada. Esta é a proposta deste capítulo: apresentar uma concepção de direito adequada ao contexto da Administração Pública brasileira.

O direito tomado como um nível da realidade social requer uma abordagem funcional. Esta concepção foi formulada por Niklas Luhman, citado por Celso Fernandes Campilongo<sup>36</sup>, para quem os sistemas jurídicos são **abertos** e intercambiáveis com outros sistemas **em termos cognitivos**, muito embora **fechados em termos operativos**. Dizer-se que é fechado em termos operativos implica estabelecer um corte entre o que é direito e não direito, ao passo em que, ao considerá-lo aberto em termos cognitivos, reconhece-se a coexistência e interdisciplinaridade com outros ramos do pensamento. A opção metodológica merece uma justificativa<sup>37</sup>.

A experiência jurídica e os novos problemas (jurídicos) com que se depara o direito demonstram a incapacidade da perspectiva dita estrutural para descrevê-lo e organizá-lo. O máximo que se consegue é o estabelecimento de protótipos estruturais. Em outros termos, não existe “o Sistema” jurídico construído a partir da *Ciência do*

<sup>35</sup> MEDAUAR, Odete. *DIREITO ADMINISTRATIVO MODERNO*. São Paulo: RT. 7ª ed pg 119.

<sup>36</sup> Celso Fernandes Campilongo in *DIREITO GLOBAL*. Max Limonad. pag 80

*Direito*, mas sistemas. O risco é manifesto: em vez do sistema estar a serviço do direito, passa o direito a ficar a serviço do sistema. O jurista, assim procedendo, começa a enxergar uma série de inconsistências no ordenamento, “vê chifre em cabeça de vaca”; em vez de construir, passa a somente destruir. Não é este o nosso propósito. Explica-se: não é mais possível, no âmbito da ciência do direito, estabelecer um sistema jurídica perfeito, completo e acabado, independentemente dos valores e das contingências de um mundo completo.

Está reservado para este capítulo a compreensão do Direito, da Ciência do Direito e da Hermenêutica Jurídica orientada aos processos decisórios. A ênfase nesta temática específica reflete a convicção compartilhada de que as possibilidades de mudanças estão mais nas mãos dos operadores do Direito do que nos construtores de Sistemas de Direito Positivo<sup>38</sup>.

## 2.1 Direito

O Direito aqui referido é, ao mesmo tempo, norma, decisão e ordem jurídica. É, ao mesmo tempo, norma, decisão e ordenamento<sup>39</sup>. É edificado não só a partir do Direito Positivo, o conjunto sistemático de normas, regras e princípios postos, como também pelos valores reconhecidos pela comunidade como legítimos, validamente estabelecido pelo poder político, com pretensão de eficácia, baseados numa ordem axiológica e teleológica, destinado a regular as condutas humanas, coativamente, se necessário.

## 2.2 Ciência do Direito

Ganha força, nos estudos jurídicas, a concepção de direito como prudência, não como ciência; “o direito não é uma ciência, porém o objeto de uma ciência”<sup>40</sup>. Embora o direito não seja, em substância, ciência, o método científico é fundamental para o estudo do direito. Tem-se por ciência do direito o discurso que procura resolver problemas jurídicos, através de discursos racionais adequados, com pretensão de adequação, no contexto e com base em um ordenamento jurídico, historicamente constituído. Tem como destinatários os operadores do direito, habilitando-os a tomar decisões justificáveis e fundamentadas pelo ordenamento jurídico. Esta concepção de

<sup>37</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes *in* *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, pag. 80.

<sup>38</sup> DOS SANTOS, Alvacir Correa. *PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA*. São Paulo: LTr. 2003 pag. 178.

<sup>39</sup> GRAU, Eros Roberto. *Op cit.* Pag 19.

ciência agasalha as contribuições de Karl Larenz. Representa o “estado da arte” da Ciência do Direito em cujos moldes se rejeita os enunciados produzidos apenas no âmbito da lógica formal a partir dos princípios da identidade, da não contradição e do terceiro excluído. Nesta medida os métodos orientam-se por um pensamento orientado a valores previamente estatuídos ou ata mesmo anteriores ao Ordenamento Jurídico. “São valorações susceptíveis de confirmação e passíveis de uma crítica racional”<sup>41</sup>.

### 2.3 Breviário da Teoria dos Princípios

#### a) *Princípio como norma jurídica*

A perspectiva funcional exige a necessidade de um arcabouço metodológico e hermenêutico compatível. O modelo de ordenamento jurídico como um conjunto formado por dois grupos distintos de normas, chamadas de regras e princípios, atende à ótica funcional e é mais fiel à complexidade e à sofisticação dos problemas jurídicos<sup>42</sup>.

Para avançar, porém, é necessário descrever o significado da norma, termo genérico, e suas espécies, princípios e regras, estabelecendo a distinção entre ambas baseada tanto na estrutura quanto no modo de aplicação.

#### b) *Norma jurídica*

Norma jurídica é a proposição, de conteúdo axiológico e teleológico, obtida através de interpretação de texto normativo, que tem por objetivo estabelecer, na situação que descreve, não só a conduta permitida, obrigatória ou proibida, como também as diretrizes e os imperativos fundamentais norteadores desta mesma conduta. Donde conclui-se que a norma jurídica é aquele comando legítimo “cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada”<sup>43</sup>.

#### c) *Princípio*

A concepção do Ordenamento Jurídico como um “Sistema de Regras e Princípios” é (também) tributária dos modelos teóricos de Robert Alexy e Ronald

<sup>40</sup> GRAU, Eros Roberto. *Op Cit* pag. 36

<sup>41</sup> LARENZ, Karl. *Op Cit*. Pag. 3

<sup>42</sup> DWORKIN, Ronald *Op cit* pag

<sup>43</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UNB. 10 ed. 1999, pag. 27.

Dworkin. Tanto um como outro colocam à disposição do operador jurídico modelos teóricos capazes de enfrentar problemas jurídicos que a “doutrina tradicional” não consegue satisfatoriamente dar conta. Não há diferença substancial quanto à forma, modo de aplicação, função e estrutura e âmbito de validade entre as abordagens de Alexy e Dworkin. Se houver, deve-se em grande parte à terminologia adotada, cada um a seu modo, e, principalmente, aos diferentes “Sistemas de Direito”, objetos distintos de estudo dos juristas. Enquanto Dworkin trabalha com o Sistema do Direito da “Comon Law”, Alexy se debruça sobre o Sistema do Direito da “Família Romano Germânica”.

Nesta concepção, entende-se por princípio a norma jurídica, que expressa um valor ou um determinado fim do ordenamento jurídico, de caráter prospectivo, em cujo grau de abstração requer, para a escolha da conduta adequada ou necessária (regra do caso concreto), densificação a partir de descrição fática, abstrata ou concreta, e do inter-relacionamento com os demais princípios e regras do ordenamento jurídico.

Para aferir a consistência do exposto, melhor apresentar, para efeito de controle, o conceito de princípio de Humberto Ávila, em sua obra *Teoria dos Princípios*:

*Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção<sup>44</sup>.*

E para melhor compreensão, é necessária a descrição dos atributos dos princípios.

#### **c) Caráter deôntico-teleológico**

Quer dizer que um princípio do ordenamento jurídico expressa determinados valor e fim. Não quaisquer valor ou fim, mas aqueles juridicamente reconhecidos pela ordem jurídica e aceitos pela comunidade que regula<sup>45</sup>.

#### **d) Caráter abstrato**

O princípio não estabelece um regra de conduta específica. Apenas possibilita vislumbrar condutas necessárias ou adequadas compatíveis como os seus

<sup>44</sup> ÁVILA, Humberto. *TEORIA DOS PRINCÍPIOS, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros. 3ª ed. 2004, pag. 70

<sup>45</sup> ÁVILA, Humberto. *Op cit*, pag. 63-64

valor e fim, ou seja, com determinado *estado de coisas*. Necessita, assim, de concreção ou densificação.

**e) *Função prospectiva***

O princípio, na visão de Alexy, é um mandado de otimização da norma. Confere a norma a plasticidade necessária para resolver problemas jurídicos para os quais a “doutrina tradicional” não consegue satisfatoriamente solucionar. É ferramenta indispensável para a tomada de decisão. Constrói, reconstrói e desconstrói<sup>46</sup> o direito.

**f) *Caráter inter-relacional***

Os princípios não integram uma estrutura piramidal (hierárquica), sujeitando-se a rigorosos e imutáveis fundamentos de validade. Ao contrário, operam numa rede funcional correlacionando-se entre si e as regras e, simultânea e reciprocamente, com outros princípios, consideradas como regras potencialmente aplicáveis (regras *prima facie*).

**g) *Distinção entre princípio e regra***

São vários os critérios, para distinção entre princípios e regras, que Humberto Ávila relaciona<sup>47</sup>. Veja-se.

**g.1) *Quanto a natureza do comportamento prescrito***

A regra prescreve descritivamente o comportamento a seguir enquanto o princípio institui comportamentos necessários e adequados.

**g.2) *Quanto ao modo de justificação***

Na regra o modo de justificação é o silogístico enquanto para o princípio prevalece o modo disposto como a correlação entre, de um lado, fins e valores e, de outro, condutas necessárias ou adequadas.

**g.3) *Quanto a medida de contribuição para a decisão***

A regra *prima facie* contribui para a escolha da conduta de forma decisiva e abarcante – daí se falar em aplicação do tipo “tudo-ou-nada” –, enquanto o princípio tem função complementar e parcial.

<sup>46</sup> ÁVILA, Humberto. *Op cit*, pag. 23

<sup>47</sup> ÁVILA, Humberto. *Op cit*, pag. 31-43

### *h) Quadro esquemático*

Como desfecho das distinções entre princípio e regra, vale à pena a apresentação do quadro esquemático de Humberto Ávila:

	<b>Princípios</b>	<b>Regras</b>
<b>Dever imediato</b>	Promoção de um estado ideal de coisas	Adoção da conduta descrita
<b>Dever mediato</b>	Adoção da conduta necessária	Manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores
<b>Justificação</b>	Correlação entre efeitos da conduta e o estado ideal de coisas	Correspondência entre o conceito da norma e o conceito do fato
<b>Pretensão de decidibilidade</b>	Concorrência e parcialidade	Exclusividade e abarcância (tudo-ou-nada)

### **Cap. 3- Interpretação: por uma hermenêutica orientada a valores**

A proposta deste capítulo é fornecer o arcabouço hermenêutico para que os operadores do direito administrativo melhor operem os seus conceitos e institutos.

No capítulo precedente foi apresentado um modelo teórico poderoso. Com efeito, em razão dos recursos, potencialidades e limitações do sistema proposto é, ao mesmo tempo, conservador, ao preservar os institutos e instituições consolidadas pela tradição, e suficientemente plástico e flexível para resolver complexas situações futuras. Basta utilizá-lo adequadamente.

Nesta fase é chegado o momento de realizar uma investigação de **como utilizar o Sistema de Regras e Princípios**, aberto em termos cognitivos e fechado em termos operativos, brevemente formulado, para atender aos imperativos de justiça e segurança jurídica através de processos racionais objetivos, comprováveis e justificáveis. De nada vale um sofisticado equipamento sem o correspondente manual de instrução.

## Manejo do sistemas e regras e princípios e conceitos fundamentais

### 3.1 “Doutrina Tradicional” - Visão conceptualista

O direito regula condutas humanas intersubjetivas de uma comunidade. É ao mesmo tempo, norma, decisão e ordenamento<sup>48</sup>. Na medida em que as relações ou a própria comunidade se tornam mais complexas, maior deve ser a complexidade do direito para, adequadamente, regular previamente eventos circunstanciais e contingentes. Daí o paradoxo: uma “regulação complexa” encerra uma contradição em termos. Se, por um lado, pressupõe segurança e previsibilidade, de outro, reflete incertezas para atender necessidades imprevisíveis.

Não é de hoje que a ciência do direito se depara com o problema, regular condutas humanas em sociedades complexas. No séc XIX, no contexto da Revolução Industrial, e sobre os influxos do positivismo, Puchta, citado por Larenz, formulou sua teoria dos conceitos abstratos, a “Jurisprudência dos Conceitos”<sup>49</sup>. Procurou-se organizar o direito como uma estrutura piramidal de conceitos superiores e inferiores ligados por nexo de subsunção; “por conseguinte, se um conceito inferior se subsumir ao superior, valerão para ele, ‘forçosamente’, todas as afirmações que se fizerem sobre o conceito superior”<sup>50</sup>. O método subjacente à jurisprudência dos conceitos baseia-se na lógica formal. Assim, no método lógico-formal são três as leis reitoras do pensamento, necessárias e suficientes, para o desenvolvimento científico:

O princípio da identidade que afirma que se qualquer enunciado é verdadeiro, então ele é verdadeiro;

O princípio da não-contradição que afirma que nenhum enunciado pode ser verdadeiro e falso;

O princípio do terceiro excluído que afirma que um enunciado ou é verdadeiro ou é falso.

O método lógico-formal descrito ainda é capaz de resolver grande parte dos problemas, embora em número cada vez menor. Muitos juristas de renome têm como profissão de fé o método lógico formal: [e.g.] Paulo de Barros Carvalho<sup>51</sup> é um deles.

<sup>48</sup> GRAU, Eros *Op cit* pg 19

<sup>49</sup> LARENZ, Karl. *Op cit* 21

<sup>50</sup> LARENZ, Karl. *Op cit*. Pag. 25.

<sup>51</sup> CARVALHO, Paulo De Barros. *CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO*. São Paulo: Saraiva. 16ª ed., pag 7

Na jurisprudência dos conceitos cabe ao operador-intérprete estabelecer o conteúdo, alcance e extensão do conceito e então, através de um silogismo, realizar ou não a subsunção, extraíndo, assim, a consequência jurídica.

A Jurisprudência dos Conceitos, durante muito tempo hegemônica, só começa a dar sinais de perda de primazia com o advento da idéia de interpretação teleológica, formulada no seio da corrente conceptualista pela escola objetivista<sup>52</sup>.

### 3.2 Harmonização de Princípios

“Harmonizar” é sinônimo de conciliar, congraçar. Tem raiz comum com o termo harmonia que significa a “ordem ou disposição finalista das partes de um todo”, “sempre de acordo entre si, mesmo seguindo cada uma sua própria ‘lei’”<sup>53</sup>. Da investigação semântica da “harmonização”, quando associada a princípios jurídicos, se infere a presença de premissas ocultas, que nos cabe desvelar.

A primeira é que a harmonização somente vale para o Ordenamento Jurídico que recepciona um pluralismo de idéias, cada uma substancialmente diferente da outra. Este é o caso do Ordenamento Jurídico Brasileiro, que reúne princípios, valores e interesses dos mais diversos matizes.

A Segunda premissa é que, como cada princípio segue sua própria “lei”, na composição do todo surgem pontos de tensão.

A terceira é que a idéia de harmonização denota a natureza de um sistema jurídico aberto. Ele não é pronto e acabado mas, ao contrário, carece da participação do operador para construí-lo. Logo, só mediante a correlação dos princípios entre si e destes com os fatos, problematizando-os, pode-se empreender uma efetiva interpretação. Numa interpretação realizada pelo método da harmonização, aspectos externos ao sistema, referentes a outros níveis do todo social, são considerados. Por outro lado, o método da harmonização, para ser controlável, justificável, objetivo, enfim, racional, precisa necessariamente ser veiculado através da **argumentação jurídica** no processo comunicativo. Em resumo: interpretação implica decisão, decisão implica comunicação. Isto não significa que ao operador seja atribuído um poder voluntarístico, ou que possa agir com licenciosidade. O método é

---

<sup>52</sup> LARENZ, Karl. *Op Cit* pg 39

<sup>53</sup> ABBAGNAMO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes. pag. 496

suficientemente rigoroso e controlável, perpassa pela argumentação jurídica, a ser vista na seqüência.

### 3.3 Processo Argumentativo

Como exposto, o direito é norma, ordem jurídica e decisão. Seu veículo é a linguagem. Esta exige argumentação. A Argumentação jurídica é o processo comunicativo em linguagem própria para desenvolver a razão imanente à regulamentação legal<sup>54</sup>. Toda solução jurídica, não arbitrária posto que controlável, repousa em um processo argumentativo, calcado em bases sistemáticas, sem prejuízo da problematização do caso. Ou seja, trabalha-se com o sistema jurídico, mas como ele é aberto, pode-se dar, aqui e acolá, ênfase maior à problematização do caso<sup>55</sup>.

### 3.4 Diretrizes hermenêuticas

A harmonização de princípios requer uma interpretação consistente em capturar a norma jurídica correlacionando a realidade viva (contexto) com as circunstâncias e contingências empíricas (casuística) e com os fins ideais do direito (princípios). A realização plena destes desígnios requer o estabelecimento de diretrizes, sem o qual este “idealismo objetivo” pode desnaturar-se em subjetivismo do operador do direito.

### 3.5 Valoração

Estabelecimento de juízos de valor dos princípios. As normas principiológicas têm de forte conteúdo axiológico-teleológico. É através da investigação dos bens e interesses do problema jurídico que a comunidade os reconhece como reto e justo; tempera-os. Os valores são reconhecidos ou extraídos dos princípios que compõem o ordenamento jurídico, em cuja base subjaz a moral dominante da comunidade e as concepções dominantes de justiça. É na valoração que se concretizará a idéia de direito.

Através da valoração se pode extrair o peso relativo dos princípios para fins de harmonização. Vale citar Larenz para quem os “princípios jurídicos (...) são

---

<sup>54</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas. 1997, 2ª ed. pag. 309-320

<sup>55</sup> LARENZ, Karl. *Op cit* pag. 201

considerados como diretrizes, que operam a mediação entre a ideia de direito (ou os valores jurídicos do escalão superior) e as regulações de um Direito positivo”<sup>56</sup>.

### 3.6 Necessidade do pensamento “tópico”.

Consiste na análise do problema em que são considerados os vários pontos de vista (*topoi*) para a solução da questão. Visa a adoção de vários pontos de vista que eventualmente podem servir de argumento a adoção desta ou daquela solução. Na tópica as conseqüências desta ou daquela solução pode servir também como *topoi*. Assim, adota-se na tópica uma abordagem circular, considerando-se vários ângulos e pontos de vista. Esta forma de exegese coloca mais uma vez uma “pá-de-cal” nos processos lógico-formais. Da problematização global decorre uma gradativa familiarização com o fato relevante, o direito potencialmente aplicável e as regras da argumentação jurídica.

### 3.7 Eficácia dos Princípios

Considerando o sistema jurídico aberto em termos cognitivos e fechado em termos operativos, podemos dividir, como o fez Humberto Ávila, a eficácia das normas em interna e externa<sup>57</sup>.

No nível da eficácia interna, os princípios são normas importantes para atribuição de peso entre si e compreensão do sentido das regras. Internamente exercem função integrativa e, externamente, definitória, interpretativa ou bloqueadora<sup>58</sup>.

Já ao nível da eficácia externa, se estabelece a correlação entre os princípios e os fatos. Os princípios são verdadeiros critérios para conceituar os fatos e realizar exames de pertinência e valoração<sup>59</sup>.

### 3.8 Ponderação

A Ponderação de bens é o método a partir do que se determina, em cada caso, em razão dos direitos fundamentais ou os princípios constitucionais que colidam entre si concretamente, quais devem prevalecer sobre o outro e em que mediada<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> LARENZ, Karl. *Op cit*. Pag. 177.

<sup>57</sup> ÁVILA, Humberto. *Op cit* pag 78-82

<sup>58</sup> ÁVILA, Humberto. *Op cit* pag 78-79

<sup>59</sup> ÁVILA, Humberto. *Op cit* pag 80

<sup>60</sup> LARENZ, Karl. *Op cit* pag. 574

A ponderação é aplicável aos princípios que são explicitados por conceitos indeterminados, abertos e móveis, razão pela qual os princípios podem entrar em rota de colisão. Obviamente que quando se fala em “ponderação”, “atribuição de pesos aos princípios”<sup>61</sup> se está recorrendo a metáforas.

O exercício da ponderação se impõe justamente porque não existe uma ordem hierárquica predefinida de todos os bens e valores que os princípios legitimam. A ponderação deverá se orientar pela busca de um ponto de equilíbrio no qual haja a menor restrição dos bens envolvidos. Para esta consecução, é necessária a aplicação dos “postulados normativos”<sup>62</sup> da razoabilidade e da proporcionalidade, já reconhecidos, na forma de princípios, pelo Supremo Tribunal Federal.

## Cap4 - Conceitos fundamentais do Direito Administrativo

Estabelecidos os recursos hermenêuticos e o modo de sua aplicação, é chegado o momento apresentação de conceitos e institutos específicos do direito administrativo. Só assim, se formará o caminho seguro para uma interpretação sólida dos textos legais em face de situações concretas e um conhecimento preciso dos institutos da Administração Pública.

### 4.1 Direito Administrativo

Ao se referir ao Direito Administrativo o estudioso está a evidenciar a parte do Ordenamento Jurídico que regula relações entre o Estado e o cidadão, que prescrevem a organização, o funcionamento e o controle da Administração Pública. Funciona como instrumento de implementação de políticas públicas e prestação de serviços públicos. Tal formulação evidencia a necessidade de o tomarmos uma perspectiva funcional.

Para Odete Medauar, *o Direito Administrativo é o conjunto de normas e princípios que regem a atuação da Administração Pública*<sup>63</sup>, enquanto Maria Sylvia Zanella Di Pietro o conceitua como

*o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública. a atividade jurídica não*

---

<sup>61</sup> *idem*

<sup>62</sup> Não são princípios porque não contém nenhum valor.

<sup>63</sup> MEDAUAR, Odete. *DIREITO ADMINISTRATIVO MODERNO*. São Paulo: RT. 7ª ed. pag 33.

*contenciosa que exerce e os bens de que utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública*<sup>64</sup>.

## **4.2 Ato administrativo**

No exercício de sua função administrativa, o poder público, a fim de desempenhá-la, emite determinados atos jurídicos, submetidos a um regime próprio das relações entre o estado e o cidadão, que produz efeitos jurídicos imediatos. A essa declaração de vontade estatal se convencionou chamar de Ato Administrativo.

A expressão é tributária do Direito Civil; o Direito Administrativo apropriou-se da idéia de Ato Jurídico, própria das relações privadas, modificando o seu conteúdo para referir-se a manifestação de vontade do poder estatal em face do cidadão. São elementos do ato administrativo o agente competente, o objeto, a forma, o motivo e o fim.

Dentre os elementos apresentados, destacamos o agente competente. Cumpre, de acordo com o escopo deste trabalho precisar o atributo da competência. Para Di Pietro competência é “o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixados pelo direito positivo”<sup>65</sup>. Ao agente competente é fundamental o domínio dos institutos e conceitos do direito administrativo para melhor tomar as decisões no âmbito da Administração Pública.

## **4.3 Processo Administrativo**

O vocábulo “processo” expressa um conjunto de ações tendentes a um fim. O exercício das competências decisórias efetiva-se no Ato Administrativo, verdadeira decisão do poder público no exercício da função administrativa, que produz efeitos jurídicos, concretos e imediatos, em face dos administrados.

No entanto, em razão dos seus pressupostos institucionais, o Estado de Direito e o Regime Jurídico-Administrativo, o Ato Administrativo sujeita-se a regras de formação e é produto destas.

Assim, a validade de um ato administrativo, em razão dos seus pressupostos institucionais, depende da observância de requisitos concernentes a prazos e condições adjetivas bem como garantias substantivas do cidadão necessárias a sua formação, mormente aqueles que atingem a esfera dos bens e interesses dos cidadãos. A esse

---

<sup>64</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas. 15ª ed. 2003. Pag 52

conjunto de atos preparatórios necessários e suficientes a formação e efetivação de um ato administrativo, ao longo do qual os agentes e o cidadãos interessados possuem deveres, direitos e ônus, chamamos processo administrativo<sup>66</sup>.

Portanto, o processo administrativo reflete o caráter dinâmico da atuação estatal no exercício da função administrativa.

#### 4.4 Serviço Público

Serviço público é atividade material prestada pelo estado, sob o manto do ordenamento jurídico, em benefício da coletividade. Nota-se que a noção preliminarmente apresentada resulta da composição de três elementos: material, subjetivo e formal<sup>67</sup>.

É material porque atividade concreta, fruível direta ou indiretamente pelo cidadão. Seu caráter subjetivo requer a atuação estatal direta ou indiretamente. Deduz-se o elemento formal em razão da conformidade da prestação a um regime jurídico próprio. Vale à pena a noção apresentada com o conceito formulado por Di Pietro: “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”<sup>68</sup>.

Restritivamente, os serviços públicos englobam apenas aqueles correspondentes às atividades fins da Administração Pública.

#### 4.5 Interesse Público *versus* Interesse Privado

Indiscutivelmente o fim mediato da atuação do poder público é o interesse público. Seu conceito, embora aberto e móvel, traduz a idéia do bem comum. Por se tratar de bem comum não procede, como inadvertidamente se supõe, o argumento da existência de antagonismo entre o público e o privado. De fato, a vista da atuação positiva cada vez maior do poder público, essa oposição não existe; manifesta apenas a ideologia liberal, incompatível com o Estado Social Democrático de Direito que o direito positivo constitucional estabelece. A existência do Estado é condição para o exercício pleno da individualidade dos cidadãos enquanto seres gregários.

---

<sup>65</sup> DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Op cit* pg 196

<sup>66</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *As Leis do Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 2000, pag 17.

<sup>67</sup> DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Op cit* pg 95-96

<sup>68</sup> DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Op cit* pg 96-97

O que existe, de fato e de direito, é o primado do interesse público sobre o privado. Como adverte Grau “Estado e sociedade constituem dois momentos de uma só unidade e de que (...) o indivíduo obtém a sua liberdade substancial ligando-se ao Estado como à sua essência, como ao fim e ao produto de sua atividade”<sup>69</sup>. “Por isso (...) não há espaço para a liberdade individual senão no seio do Estado, senão enquanto os indivíduos permaneçam ligados ao Estado como à sua essência, como ao fim e ao produto de sua atividade individual”<sup>70</sup>.

Ou seja, o Estado ao tutelar o interesse público resguarda, indiretamente, os interesses privados. A síntese de Rivero, citada por Odete Medauar, faz tábula rasa da concepção antagonista: Interesse público é o “conjunto de necessidades humanas às quais o jogo dos direitos fundamentais não satisfaz de modo adequado e cujo atendimento, no entanto, condiciona a realização dos destinos individuais”<sup>71</sup>.

Por outro lado, consideramos inapropriada expressão “supremacia do interesse público”; ela denota um valor absoluto incompatível a pluralidade de valores constitucionais. Existem interesses individuais invioláveis. Sobre este prisma a lição de Dworkin é exemplar:

“Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há justificativa suficiente para lhes impor alguma perda ou dano”<sup>72</sup>.

Há limites, portanto, a “Supremacia do Interesse Público”.

## Cap. 5- Administração Pública

“A dualidade da Administração Pública”

### 5.1 Conceito

Administrar, tanto na esfera do poder público quanto no âmbito das relações privadas, é desempenhar atividades estabelecidas por uma vontade externa. No caso da Administração Pública, as atividades correspondem, em regra, à função

<sup>69</sup> GRAU, Eros Roberto. *Op cit.* pag. 258

<sup>70</sup> GRAU, Eros Roberto. *Op cit.* pag. 258

<sup>71</sup> MEDAUAR, Odete. *DIREITO ADMINISTRATIVO MODERNO*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 7a ed. pag 153.

<sup>72</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, XV

administrativa; e a vontade externa é a reconhecida pela ordem jurídica como os fins do Estado. Então, sob a ótica funcional, Administração Pública é a própria função administrativa.

No entanto, para que a atividade correspondente a função administrativa seja levada a termo, é condição necessária uma estrutura composta de sujeitos e órgãos para a sua consecução. Desta forma, podemos formular o seu conceito, sob o ângulo do subjetivo: Administração Pública é o conjunto de órgãos, entes estatais e agentes que produzem serviços, bens e utilidades para a população, sob o manto da ordem jurídica e segundo as políticas de governo<sup>73</sup>.

Para melhor compreendermos o que se entende por Administração Pública recorremos a Canotilho; o constitucionalista faz a seguinte caracterização do conceito:

“(1) prossecução permanente e autónoma de tarefas da comunidade; (2) efectuada por órgãos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e das demais formas da administração indirecta do Estado e da administração autónoma de carácter associativo ou institucional; (3) através de medidas concretas; (4) juridicamente vinculadas a fins (de interesse público), constitucional e, ou legalmente pré-determinados”<sup>74</sup>.

## 5.2 Administração Pública e Governo

Administração Pública e Governo são conceitos que se confundem. Ambos integram primacialmente a estrutura do Poder Executivo; é difícil saber quando termina a ação de um e começa a do outro. A dificuldade de delimitação precisa de fronteiras que separam a Administração Pública do Governo, decorrem, ao nível federal, do Sistema de Governo Presidencialista, adotado pela Constituição Federal.

Com efeito, no presidencialismo, uma única pessoa, o Chefe do Poder Executivo acumula as competências de Chefe de Estado e Chefe de Governo.

Uma maneira simplória de distinguir Administração Pública de Governo consiste em referir-se aquela como “burocracia”, atribuindo-se a esta a expressão “poder político”. Na realidade nem o governo é puramente político, nem a Administração é totalmente burocrática<sup>75</sup>.

<sup>73</sup> DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Op cit*

<sup>74</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 5a ed., 2002. Pag 644.

<sup>75</sup> MEDAUAR, Odete. *Op cit*

São três os critérios que se pode apontar para dissociação. O primeiro refere-se às competências e atribuições. No âmbito do governo maior, é a discricção (autonomia) do exercício do poder público, atribuindo-se tanto competências normativas, chamadas co-legislativas, quanto diretivas, ordenadoras da função administrativa; assim, incumbe aos órgãos governamentais as atribuições de planejamento de ação, direção e comando. Já à Administração Pública cabe, em regra, a função administrativa pré-ordenada, de execução dos planos governamentais.

O segundo critério é o da posição hierárquica. As funções de governo são desempenhadas pelos órgãos superiores enquanto as funções administrativas são identificadas como realizadas pelos órgãos inferiores da organização estatal.

Finalmente, o terceiro critério é o da forma de investidura. Enquanto os agentes de governo têm sua investidura baseada na legitimação democrática - pelo voto-, os agentes da Administração são legitimados pela competência técnica, aferida, em regra, pelo concurso público.

### **5.3 Organização**

A organização da Administração Pública é definida basicamente pelo texto constitucional, mais precisamente nos títulos da Constituição referentes aos PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS e à ORGANIZAÇÃO DO ESTADO.

Então, da Forma Federativa de Governo, decorre uma Administração Pública dividida entre as respectivas esferas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Cada um destes entes que compõe a Administração Pública tem suas respectivas esferas de competência estatuídas na Constituição Federal; em regra, estas atribuições estão dispostas nos arts. 20 a 24; e aos entes é conferida personalidade jurídica de direito público.

No plano federal, a pessoa jurídica de direito público interno é a União. Sua estrutura organizacional, instituída pela DL 200/67, vem sofrendo transformações a que se convencionou chamar de Reforma Administrativa. Esta se manifesta em três dimensões, a institucional-legal, a cultural e a referente à gestão. Em capítulo à parte, se buscará tratar dessa questão que produz profundas mudanças no Direito Administrativo e na própria Administração Pública.

## 5.4 Atividades

São atividades desempenhadas pela Administração Pública o fomento, o exercício do poder de polícia, o serviço público e a intervenção<sup>76</sup>.

O fomento ocorre no âmbito da atividade financeira do Estado. Consiste em subvenções, financiamento, favores fiscais e desapropriações em favor de entidades privadas sem fins lucrativos.

O poder de polícia abrange as restrições às liberdades individuais em benefício da coletividade. Sobre este ponto melhor recorrer à definição legal expressa no Código Tributário Nacional, art. 78:

Art. 78 Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos.

A principal atividade, verdadeira prestação positiva, já foi objeto de exposição.

Finalmente, as atividades de intervenção são as operadas no nível econômico da realidade social. Graú as subdivide em: (i) intervenção por absorção ou participação; (ii) intervenção por indução; e (iii) intervenção por direção<sup>77</sup>.

## 5.5 Princípios da Administração Pública

Em capítulos anteriores procuramos deixar claro a coexistência em nossa Ordem Jurídica de uma pluralidade de valores, bens e interesses independentes que, como base axiológica e teleológica, a constitui e legitima. Frisamos também que a cada um destes valores, bens e interesses se pode atribuir um princípio agasalhado pela Ordem Jurídica em sua dimensão ético-política. Sendo assim, basta se debruçar sobre o texto constitucional, dando especial atenção aos dispositivos referentes à Administração Pública, para dele extrair inúmeros valores, bens e interesses, e, desse modo, inferir-se os seus princípios.

<sup>76</sup> DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Op cit*

<sup>77</sup> GRAU, Eros Roberto. *Op cit*

No entanto, tendo em conta o escopo deste trabalho, convém fixar atenção nos Princípios da Administração Pública expressamente estatuídos no art. 37. Neste item, será apresentada uma visão panorâmica dos princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade. Na seqüência daremos especial atenção aos da Legalidade e Eficiência.

O Princípio da Impessoalidade é aquele segundo o qual os atos praticados pelos agentes públicos são imputáveis ao órgão ou entidade em que atuam.

A Moralidade é imperativo que vai além da mera formalidade e tem sua maior expressão na probidade administrativa.

Já o Princípio da Publicidade se reflete na transparência dos atos praticados pela Administração. Integra o que se convencionou chamar de devido processo legal.

## 5.6 Reforma Administrativa

Essa temática é polêmica e, por isso, merece tratamento sereno.

Quando se fala em Reforma Administrativa não é incomum que o debate desagüe em uma falsa questão. Aquela segundo a qual se operam mudanças sob os influxos do neoliberalismo.

Sem ter em mente o contexto das instituições nacionais e a dura realidade das condições da Administração Pública em que se insere, alguns atribuem a Reforma Administrativa o caráter trágico de um projeto de implantação de um modelo neoliberal de Estado, em substituição ao “Estado Social instituído” pela Carta Constitucional de 88. O Trágico não se dá conta que o Estado Social Brasileiro ainda é um projeto, diga-se de passagem, em estágio embrionário. Como revela Di Pietro,

“ A crise financeira que enfrenta o Estado, pelo crescimento déficit público e pela dificuldade na obtenção de novos recursos para custear o chamado Estado Bem-Estar, a ineficiência na prestação dos serviços públicos e atividades assumidas pelo Estado na área econômica, a corrupção, o corporativismo, a globalização. são apenas alguns dos fatores que levaram à procura de um novo modelo de Estado<sup>78</sup>

Feitas estas considerações, convém mostrar - de acordo com a nossa tomada de posição - que, ao contrário, a Reforma Administrativa faz parte, em síntese, do

---

<sup>78</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2a ed, 2001. pág. 52.

projeto que põe em curso a instituição do verdadeiro Estado Social e Democrático de Direito.

## **Cap 6 - Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**

Tudo começou<sup>79</sup> em novembro de 1995. Na oportunidade, a Presidência de República apresentou solenemente um documento intitulado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Seu texto expressava em tom sereno, mas firme, um quadro de “crise do Estado” fruto de um modelo que “desviou-se de suas funções básicas” o que acarretou, de acordo com a mensagem, a “deterioração dos serviços públicos” e o “agravamento da crise fiscal”<sup>80</sup>.

Após a revelação do diagnóstico, a Reforma do Estado foi apresentada como “instrumento indispensável para consolidar a estabilização e assegurar o crescimento sustentado”. Só assim, dizia o texto, seria possível promover a correção das desigualdades sociais e regionais. Por ora, já é possível destacar a incoerência de se atribuir a esse projeto um cunho neoliberal.

Aquele episódio representou o marco institucional para implantação de um projeto de Estado que a Constituição havia apenas formalmente havia desenhado, o Estado Social e Democrático de Direito.

Veja-se, dentro do escopo deste trabalho, o quadro apresentado no plano, o que foi proposto e o que de fato foi implementado.

### **6.1 O Plano**

O Plano Diretor pressupõe a convivência harmônica entre Estado Social e Economia de Mercado, e não poderia ser diferente já que a Ordem Econômico-social da Carta Maior assim o estabelece. Sob essa premissa, às vezes ignorada ou esquecida, cabe ao Estado o papel regulador, promotor e indutor do desenvolvimento social, econômico, científico e cultural, quando possível, haja vista, inquestionavelmente, as ilimitadas necessidades públicas contrapostas aos inexoráveis imperativos da escassez de recursos.

---

<sup>79</sup> Em que pese as Reformas Administrativas realizadas pelo DL n. 200/67 e a coordenada pelo então Ministério da Desburocratização, Ministro Hélio Beltrão, o plano de Reforma de 1995 representou uma tentativa de ruptura paradigmática do modelo “burocrático” para o gerencial..

<sup>80</sup> PLANO DIRETOR DA REFORMA DO APARELHO DO ESTADO. Presidência da República. 1995

Assim, foi apresentado o Plano Diretor visando a implantação de um novo modelo de Administração Pública, calcado em bases modernas e racionais. A proposta visava romper com o modelo de administração anterior, pejorativamente chamado de Administração Burocrática.

O plano tinha o grande mérito de reconhecer que Estado e Sociedade fazem parte de um todo indivisível. Cai por terra o mito ideológico liberal que antagoniza Estado e Sociedade Civil.

Outra grande contribuição para a consolidação da democracia contida no plano é a firme certeza de que mudanças institucionais não acontecem da noite para o dia; é um processo gradativo que efetivamente vai se realizar no dia-a-dia do exercício das funções públicas. Daí o papel que cabe ao servidor público comprometido.

O modelo introduz o conceito de “governança”; consiste na capacidade de implementar políticas públicas.

É introduzido o conceito Aparelho do Estado; ele reflete a noção de Administração Pública em sentido amplo, ou seja, a estrutura organizacional do estado, em seus três *Poderes*, Executivo, Legislativo e Judiciário; nos três níveis da federação, União, Estados e Municípios.

O novo conceito de Estado, abrange a Sociedade Civil, a Ordem Jurídica e o próprio Aparelho do Estado.

O Aparelho do Estado é dividido em setores, a cada um corresponde determinados agentes, distintos papéis e modo de atuação próprios, a seguir.

### **6.1.1 NÚCLEO ESTRATÉGICO**

O plano confere ao Núcleo Estratégico o sentido de “governo em sentido lato”. Corresponde aos “Poderes” Legislativo e Judiciário, em sua integralidade, e a cúpula do Executivo, composta apenas pelo Presidente da República, seus ministros e assessores diretos, aos quais o plano atribui a responsabilidade pelo planejamento e formulação de políticas públicas. A ênfase na atuação do Núcleo Estratégico é a tomada de decisões com eficácia, no sentido de atender aos objetivos mais gerais da sociedade brasileira.

### **6.1.2 ATIVIDADES EXCLUSIVAS**

A Atividades Exclusivas corresponde às atividades do poder extroverso do Estado, cujo exercício só cabe a Administração Pública realizar. São exemplos, especificamente referidos, a cobrança e fiscalização de tributos, a polícia, a previdência social básica, o serviço de desemprego, a fiscalização do cumprimento de normas sanitárias, o serviço de trânsito, a compra de serviços pelo Estado, o controle do meio ambiente, o subsídio à educação básica, o serviço de emissão de passaporte a cargo da Polícia Federal. O desempenho destas atividades deve estar a cargo de órgãos e servidores da Administração Pública. O modelo de gestão é o da Administração Pública Gerencial, com ênfase na eficiência como critério de controle de sua atuação.

Para o exercício das Atividades Exclusivas o plano prevê a criação de Agências Reguladoras e Executivas, e a figura do contrato de gestão. A idéia é conferir maior autonomia às Agências Executivas mecanismos de flexibilização específicos do regime jurídico-administrativo. Já para as Agências Reguladoras reserva-se o papel de disciplinar atividades específicas no âmbito de suas atribuições, e sob supervisão Ministerial. O modelo das Agências se inspira na experiência americana.

### **6.1.3 SERVIÇOS não exclusivos**

Corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações intituladas públicas não-estatais e privadas. Realizam serviços públicos, assim considerados pelo ordenamento jurídico, prestados não necessariamente pelo Estado. São exemplos deste setor as universidades, os centros de pesquisa e os museus, por exemplo.

### **6.1.4 PRODUÇÃO DE BENS E SERVIÇOS PARA O MERCADO**

Correspondem as atividades voltadas para o lucro, para as quais falta não há capital privado para investimento ou tem caráter monopolista.

A implantação deste modelo vem requerendo mudanças em três dimensões: (1) a institucional- legal, (2) a dimensão cultural, e (3) a dimensão gerencial, extremamente dependente da cultural para, no conjunto, se tornarem efetivas.

## 6.2 Execução - O que foi implementado

Em 1999, na Abertura da 1ª Sessão Legislativa Ordinária da 51ª Legislatura, a Presidência encaminhou Mensagem ao Congresso Nacional 1999, apresentando um balanço da Reforma Administrativa realizada.

Da leitura da Mensagem, se pode verificar algumas poucas - porém substanciais - conquistas.

### 6.2.1 Dimensão Institucional-Legal

De fato, houve modificação na Ordem Jurídica, nos planos Constitucional, Legal e Infra-legal, para conformá-la ao novo modelo do Aparelho do Estado. No entanto, há muito ainda por fazer. Mesmo no plano legal, muitos institutos previstos na Reforma ainda carecem de regulamentação<sup>81</sup>.

Em termos Institucionais, a nível federal, mudanças de impacto só mesmo na implantação de inúmeras Agências Reguladoras, em razão dos interesses de grandes grupos econômicos.

Com efeito, com fundamento na Lei n. 9.986/2000, foram reconhecidas nove autarquias especiais que podem utilizar a definição de agências reguladoras. São elas:

- a) ANVISA – Agência nacional de Vigilância Sanitária;
- b) ANS – Agência Nacional de Saúde
- c) ANA – Agência Nacional de Águas
- d) ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica
- e) ANATEL – Agência Nacional de Transportes Terrestres
- f) ANTAQ – Agência Nacional de Transportes Aquaviários
- g) ANCINE – Agência Nacional de Cinema

Para o Núcleo Estratégico, não há registro, por exemplo, que este tenha se formado com a unidade e coesão que se espera.

E quanto às Agências Executivas para o desempenho efetivo de Atividades Exclusivas de Estado, com autonomia e responsabilidade. Paulo Modesto, administrativista baiano, assinala apenas O IMETRO, Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, como exemplo de autarquia que tenha celebrado “contrato de gestão”, a despeito de lei que regule o instituto.

<sup>81</sup> Alguns institutos carecem de lei formal para torna-los efetivos: é o caso do Contrato de Gestão

Também não há registro de efetiva criação de Organizações Sociais.

### **6.2.2 Dimensão Cultural**

Na dimensão cultural, apesar de algumas melhorias, há um longo caminho a percorrer. Paulo Modesto invoca a propósito a necessidade de “Reforma na Mentalidade dos Agentes Públicos”. Neste particular inclui-se a interiorização da concepção de direito como um sistema aberto e fechado, já referido, para cuja interpretação requer a orientação a valores subjacentes ao ordenamento jurídico.

Ainda prevalece entre os servidores públicos a visão corrompida de legalidade como imperativo para a sua “segurança jurídica”, não a do cidadão. Sobre este aspecto, Paulo Modesto, administrativista baiano, refere-se a um teratológico modelo de Administração Pública como uma “máquina de impedir, fiel ao “Código do Fracasso”: “art. 1º não pode; art. 2º em caso de dúvida, abstenha-se; art.3º se é urgente espere; art. 4º sempre é mais prudente não fazer nada”<sup>82</sup>.

### **6.2.3 Dimensão Gestão**

A implantação da Administração Gerencial já é uma realidade. Inovações na área da informática têm apresentado bons resultados. No entanto, falta ainda maior comprometimento dos servidores e maior participação da sociedade.

## **Cap 7- Princípio da Legalidade**

Significa a que a Administração Pública deverá agir em conformidade com a ordem jurídica. Toda atividade da Administração Pública deva estar autorizada por lei. A lei regula e autoriza ação.

O brevíssimo comentário já é suficiente para contrapor a visão por demais estreita que se atribui ao termo “legalidade”, que à vezes corrompe o seu próprio sentido. Tanto é verdade que alguns autores, cada um a seu modo, adotam outras terminologias, “Princípio da Submissão do Estado à ordem Jurídica”, “Princípio da Juridicidade”, por exemplo, ou advogam a necessidade de reconstrução de seu conceito.

Com efeito, um estudo comprometido do Princípio da Legalidade deve enfatizar as mutações do conceito que, segundo os paradigmas de cada época, foram amalgamando o significado do conceito até o presente momento histórico. Ao fazer

---

<sup>82</sup> Paulo Modesto. *Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil*. Revista Diálogo Jurídico. Ano I p n. 9 – dezembro de 2001 – Salvador – BA – Brazil. [DireitoPublico.com.br](http://DireitoPublico.com.br)

esta reflexão histórica, a doutrina tradicional o faz a partir da consolidação do Estado de Direito de base liberal-burguesa. No entanto, é preciso buscar suas raízes no conceito de lei.

O Princípio da Legalidade remete necessariamente à idéia de lei, vista como instrumento que formal e materialmente o realiza. Daí que se impõe refletir primeiramente sobre o “**conceito e memória de lei na teoria do Estado e do Direito**”<sup>83</sup>, para, só então, abordar o princípio.

O primeiro conceito de lei tem raízes na *polis* grega e, como afirma Canotilho, é inseparável de sua dimensão material. Para os estóicos e Platão, “leis verdadeira são as leis boas e justas no sentido do bem comum”<sup>84</sup>; Aristóteles no clássico *Ética a Nicômaco* dirá que a lei deve ser referida ao justo, igual. O estagirita vai um pouco além ao afirmar que “a soberania da lei equivale à soberania de deus e da razão”. Cícero sobre os influxos do jusnaturalismo nascente dirá que a lei é a “suprema *rattio*, ínsita na natureza”.

Observe-se que na filosofia antiga e intermédia prevalece as dimensões material e universal da lei.

Só com Hobbes avulta as dimensões voluntarista e positivista da lei que conhecemos. Doravante a lei é ato de vontade e expressão coativa do soberano não mais fundamentada no justo e racional. E, finalmente, deve-se a Locke e Montesquieu a formulação da lei “como proteção da liberdade e propriedade dos cidadãos ante o arbítrio do soberano”<sup>85</sup>.

Mediante composição das dimensões da lei material resulta os seguintes caracteres:

lei como regra ou norma geral e abstrata;

lei com delimitadora da conduta das pessoas nas relações entre si;

lei como comando que intervêm na propriedade e liberdade dos cidadãos.

Cabe, em seqüência, apreciar o princípio da legalidade em sentido formal a partir do momento em que o Estado assume o caráter democrático.

---

<sup>83</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op cit* Pág. 707

<sup>84</sup> *idem*

<sup>85</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op cit* Pág. 708

No Estado Democrático de Direito a “*legalidade* consubstancia extensão da teoria da soberania popular e da representação parlamentar”<sup>86</sup>. “A legalidade assume dupla face, como supremacia e reserva de lei”<sup>87</sup>. Assim, o “princípio da legalidade é desde então visualizado em termos estritamente formais, como corolário da separação dos poderes, importando exclusivamente a oposição de um limite à atuação do Estado”<sup>88</sup>.

Seu sentido é

“impedir que o Executivo possa estabelecer, por ato seu, restrições à liberdade e à propriedade dos indivíduos e que a razão mesma do Estado de Direito é a defesa do indivíduo contra o Poder Público; e que a fórmula, por excelência, asseguradora desse desiderato descansa na tripartição do exercício do poder. Ignora-se inteiramente que o Estado moderno não é apenas titular do jus imperii, mas também agente do fornecimento de prestações aos particulares”<sup>89</sup>.

Com a incorporação do espírito do Estado Social promove-se a passagem do Estado Garantia, da ordem interna e externa, das liberdades e da propriedade para o Estado Prestador de serviços, Estado Empresário, Estado Investidor.

O direito administrativo assume um caráter dualista com reflexos profundos na legalidade, geradoras de tensão. Com efeito, a sua disciplina impõe respeitar os direitos fundamentais em paralelo com o seu conteúdo material no contexto do Estado Social do qual é instrumento de intervenção na ordem privada para diminuir as profundas desigualdades sociais decorrentes da proteção excessiva às liberdades.

O princípio da legalidade, na acepção originária liberal, não expressa regra de conteúdo algum, apenas estabelece os limites de atuação estatal. Não representa garantia alguma dos fins públicos cada vez mais abrangentes, já que visa tão-somente à proteção do interesse privado. Daí a necessidade de reconstruir seu conceito para adaptá-lo ao Estado Social e Democrático e de Direito.

Há de se reconhecer, primeiramente, a “dupla instrumentalidade do direito”<sup>90</sup>. Ele não regula tão-somente questões estruturais, passando a disciplinar também situações circunstanciais ou contingentes. Assim, é comum na norma o

<sup>86</sup> GRAU, Eros Roberto. *Op cit* pag. 172

<sup>87</sup> GRAU, Eros Roberto. *Op cit* pag. 173

<sup>88</sup> *idem*

<sup>89</sup> *ibidem*

<sup>90</sup> GRAU, Eros Roberto. *Op cit* pag. 185

periculação do seu caráter geral abstrato, o que acarreta perda de previsibilidade e calculabilidade.

Para tanto, entende-se o ‘Princípio da Legalidade na Administração Pública’ como a vinculação dos seus agentes às definições da lei, legalidade em sentido estrito, como também a vinculação da Administração às definições decorrentes da lei, legalidade em sentido amplo<sup>91</sup>.

### 7.1 Poder discricionário

O conceito de Poder Discricionário pressupõe um contexto específico: o da competência. Só tem sentido falar em Poder Discricionário “quando alguém é encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade”<sup>92</sup>. Ou seja, o Poder Discricionário é exercido no âmbito da competência, não tendo sentido referi-lo ao domínio da autonomia da vontade. Esta concepção distingue, na Administração Pública, a discricionariedade da liberdade ou da arbitrariedade. É que a Administração Pública se submete ao interesse público que autoriza e legitima a sua atuação. Neste sentido, precisa é a definição de discricionariedade de Moreira Neto:

Discricionariedade é a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico<sup>93</sup>.

Assim, existe Poder Discricionário quando ao órgão ou agente incumbe atuar sem que esteja pré-definida as ações a empreender mas sim os objetivos a alcançar no âmbito das respectivas competências, observando-se sempre o interesse público.

---

<sup>91</sup> GRAU, Eros Roberto. *Op cit.* Pag. 246.

<sup>92</sup> DWORKIN, Ronald. *Op cit.* Pag. 50.

<sup>93</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. pag 33

## 7.2 Poder vinculado

A expressão reflete uma impropriedade. Na vinculação remanesce apenas o dever de observar pormenorizadamente a norma originária que impõe atuação conforme a lei pelo agente ou órgão.

## Cap 8- Princípio da Eficiência

O Princípio da Eficiência na Administração Pública passa a ganhar o *status* constitucional com o advento da Emenda Constitucional n.19, de 04.06.1998, conhecida por Emenda da Reforma Administrativa. Preliminarmente se poderia considerá-la despicienda. Afinal, qualquer organização social deve otimizar os meios disponíveis para a consecução de seus fins. Nas palavras do brilhante jurista Diogo de Figueiredo Moreira Neto, um “sistema juspolítico, como qualquer outro sistema, vale em função de sua *eficiência*, isto é, na medida em satisfaça o que dele se requer”<sup>94</sup>.

No entanto, conferir à eficiência posição de igual prestígio à legalidade é demonstração inequívoca da necessidade de busca de legitimidade e efetividade na atuação da Administração Pública.

Assim, o direito administrativo positivo expressa o imperativo de eficiência regulando a ação do Estado voltada à satisfação do social .

### 8.1 Idéia de eficiência

A idéia corrente de eficiência é sempre referida como atributo desejável de indivíduos e organizações que se propõem ao exercício de tarefas consensualmente determinadas para atingimento de fins. Assim eficiente é aquele ente que, adotando determinados métodos e normas, executa as tarefas tendentes a realização dos fins de forma mais rápida, com menor esforço e menor custo<sup>95</sup>.

A idéia de eficiência encontra-se sedimenta na ciência da administração<sup>96</sup>:

Nesses domínios, o termo alcançou enorme relevância, dando ensejo a acurados estudos. Nessa jovem ciência, encontramos desenvolvimento de relevo para nossos estudos [conceito jurídico], principalmente na Teoria das Organizações.

<sup>94</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op cit*

<sup>95</sup> DOS SANTOS, Alvacir Correa. *Op cit* pag. 186-187

<sup>96</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2004. pag. 111

Os conceitos da Ciência da Administração, principalmente os da Teoria das Organizações, são aplicáveis tanto à organizações privadas quanto públicas. É que ambas “não vivem para si próprias, mas são meios que visam à realização de uma tarefa social. Assim, pública ou privadas, o objeto das organizações está fora delas”<sup>97</sup>.

Então, antes de se falar em eficiência é “necessária a definição clara dos objetivos de uma organização para que se possa avaliar a sua razão de ser, os seus resultados”<sup>98</sup>, enfim, a sua eficiência.

## 8.2 Conceito Jurídico

Conforme exposto no sub-capítulo anterior, conceituar eficiência requer, primeiramente, o estabelecimento de premissas institucionais da organização e dos seus objetivos e fins. Assim, o Princípio da Eficiência da Administração Pública se define a partir do Estado Social e Democrático de Direito, estabelecido pela Constituição Federal, e dos seus fins e objetivos, especialmente albergados no Art. 3º da Carta Maior. Com base nestas premissas Alexandre de Moraes define o Princípio como

Aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social<sup>99</sup>.

## 8.3 Eficácia

A medida de alcance dos resultados. Ser eficaz significa a qualidade daquele que obtêm os resultado previamente definidos. “Quando as preocupações se voltam para os fins, quando as atenções se voltam para os resultados fornecidos por aqueles que executam para avaliar o alcance dos fins, ingressamos na seara da eficácia”<sup>100</sup>.

<sup>97</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Op cit* pag 111.

<sup>98</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Op cit* pag 112.

<sup>99</sup> MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas 5ª ed. pag 294

<sup>100</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Op cit* pag 113.

#### 8.4 Efetividade

A expressão efetividade tem conteúdo sociológico. Ganha relevo toda vez que se examina se determinada organização faz o que dela se espera; ou, quando estabelece novas diretrizes para consecução dos fins, os desígnios se manifestam “por um efeito real, seguro, firme, que mereça confiança”<sup>101</sup>.

#### 8.5 Legitimidade

O conceito de legitimidade é importantíssimo para que se possa compreender o conteúdo, alcance e extensão do Princípio da Eficiência da Administração Pública. A conferir.

Quando se fala em legitimidade se está a perquirir o fundamento para o exercício do poder político sobre a coletividade. A sociedade civil num Estado Social e Democrático de Direito considera legítimo apenas o poder político exercido em seu nome para a concretização dos objetivos de toda a comunidade. Ora, poder político exercido sem eficiência, efetividade e eficácia é ilegítimo. Neste particular, melhor apresentar a lição de Norberto Bobbio:

O tema hoje tão debatido da governabilidade das sociedades complexas pode ser interpretado também nos termos da clássica dicotomia sociedade civil/estado: uma sociedade torna-se mais ingovernável quanto mais aumentam as demandas da sociedade civil e não aumenta correspondentemente a capacidade das instituições de a elas responder, ou melhor, com a resposta do Estado alcançando limites não mais superáveis (donde o tema, por exemplo, da ‘crise fiscal’). Estreitamente ligado ao tema da ingovernabilidade está o da legitimação: a ingovernabilidade gera crise de legitimidade<sup>102</sup>

Por isso a eficiência é princípio instrumental para a busca da legitimidade que apenas a legalidade formal não consegue alcançar. A eficiência passa a ser instrumento de integração positiva da legitimidade na atuação legal da Administração Pública, uma nova diretriz que orienta a ação estatal. Sobre a questão, valiosa as palavras de Moreira Neto:

As dimensões são, portanto, bem distintas: a legitimidade é muito mais ampla que a legalidade, simplesmente porque é impossível, em qualquer sociedade, que a lei defina exhaustivamente todas as hipóteses do interesse público.

Assim, por mais extensa, minudente e meticulosa que se expresse qualquer definição jurídica da legalidade, remanescerão sempre miríades de aspectos do interesse público não legislado que, não obstante, por serem legítimos, estarão penderes de definições políticas derivadas integrativas que, de alguma forma admitida, deverão ser feitas por quem tenha competência e quando surgir a oportunidade e a conveniência de explicitá-las.

<sup>101</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Op cit* pag 111.

<sup>102</sup> BOBBIO, Norberto. *Op cit* pag. 36

(...)

Não existe, enfim, nem liberdade absoluta no continuum juspolítico, nem vinculação absoluta: todos os atos, por mais adstritos que fiquem a prévios condicionamentos de legalidade, têm sempre um resíduo de apreciabilidade em face do interesse público. Nenhum agente do poder estatal pode ou deve agir mecanicamente, com olímpica irresponsabilidade sobre as conseqüências de seus atos: o resíduo de legitimidade poderá fazer a diferença entre o atendimento ou o desprezo do interesse público<sup>103</sup>.

Pode-se concluir que a eficiência é o caminho para a legitimidade da atuação da Administração Pública a par dos outros princípios reitores de sua atuação.

## Cap 9 - Legalidade e Eficiência

A legalidade e a eficiência unidas a condição de Princípios da Administração Pública representam a face do direito administrativo como regulação da sua efetiva e legítima atuação. Este capítulo procurará afastar a falácia da oposição entre ambos e, ao contrário, demonstrar a harmonia dos princípios abstratamente como a necessidade de sua harmonização no caso concreto.

### 9.1 Oposição?

Uma crítica recorrente que se faz ao Princípio da Eficiência da Administração Pública é o eventual caráter de legitimação simbólica do “neoliberalismo”<sup>104</sup>. Assim, o Princípio da Eficiência estaria a serviço de romper com a legalidade, conquista histórica da civilização ocidental, legitimando, assim, a flexibilização do regime jurídico-administrativo; restar-se-ia configurada a oposição. A crítica serve, apenas, de alerta contra eventuais desvios dos objetivos constitucionais da Administração Públicas estabelecidas pela ordem jurídica. Só isso.

Com efeito, afirma Alvacir Correa dos Santos:

A eficiência tem que ser a legalidade levada ao extremo, qual seja, o atendimento da finalidade pública da Administração. A eficiência deve revelar a face material do princípio da legalidade, não podendo ser vista como oposição a este<sup>105</sup>.

Pode-se considerar a crítica apenas como um alerta. De fato eficiência e legalidade são imperativos reitores do Estado Social e Democrático de Direito.

<sup>103</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op cit* pag. 14-16.

<sup>104</sup> GABARDO, Emerson Gabardo. *Eficiência e Legitimidade do Estado*. São Paulo: Manole, 2003, pag. 24-88

<sup>105</sup> DOS SANTOS, Alvacir Correa. *Op cit* pag. 210.

## 9.2 Legalidade em face da Eficiência

A legalidade, ao estabelecer as competências dos órgãos da administração e os fins imediatos de sua atuação, estabelece em abstrato os procedimentos para a prestação eficiente. Ou seja, o Estado não pode atuar sem uma habilitação legal, exceto por direta determinação constitucional veiculada por regra densificada<sup>106</sup>.

Isso quer dizer que a lei clarifica a função a ser desempenhada, atribui o poder necessário para a atuação estatal, legitimando juridicamente o órgão público para agir; entretanto, não deve tentar determinar, geralmente, o interesse social concreto a prevalecer em cada situação singular<sup>107</sup>.

## 9.3 Eficiência em face da Legalidade

A legalidade impõe a atuação da Administração Pública em conformidade, não só com a lei, como também com o ordenamento jurídico. A lei estabelece normas gerais e abstratas. No entanto, como a legalidade, corporificada na lei, não é capaz de estabelecer o interesse social concreto em cada caso singular, esta é harmonizada pela eficiência que integra a legitimidade à legalidade.

A eficiência, então, integra a legitimidade à lei, orientando o processo decisório, do “modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível, para lograr os melhores resultados”<sup>108</sup>, como também do “modo de organizar, estruturar, disciplinar a AP [Administração Pública], com o objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público”<sup>109</sup>.

## 9.4 Harmonização da eficiência e legalidade

Pelo exposto, pode-se concluir, com segurança, com base na teoria dos princípios e na apropriada concepção da eficiência e legalidade, que estes princípios específicos são perfeitamente harmonizáveis para a solução jurídica dos casos que a Administração têm pela frente.

<sup>106</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Op cit* pag 349.

<sup>107</sup> *idem*

<sup>108</sup> BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Op cit* pag 263.

<sup>109</sup> *idem*

## Cap 10- Controle da Administração

De nada adianta estabelecer princípios reitores da atuação da administração pública sem mecanismos de controle. O estabelecimento de valores insculpidos em interesse público sem a existência de instrumentos para sua persecução é mera utopia. O controle da Administração Pública representa a grande garantia da realização do Estado Social e Democrático de Direito.

Neste capítulo, será apresentado o conceito de controle e, na seqüência, tipologias baseadas no critério do sujeito controlador e nas suas modalidades quanto à legalidade e legitimidade.

### 10.1 Conceito

A doutrina tem produzido expressivos conceitos de controle: entre os mais significativos destaca-se o de Hely Lopes Meireles, para quem “Controle, em tema de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”<sup>110</sup>. Já Bento José Bugarin define controle como sendo “a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre os atos praticados por outro, de forma a verificar-lhes a legalidade e o mérito e assegurar a consecução dos interesses coletivos”<sup>111</sup>.

Com base nos brilhantes conceitos apresentados, ousa-se apresentar um conceito de Administração Pública como o contraste entre as suas ações e as normas que disciplinam a sua execução para, em caso de dissonância, adoção de mecanismos de correção.

Ao definir a democracia moderna como um conjunto de regras constitutivas, primárias ou fundamentais, “que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*”<sup>112</sup>, Norberto Bobbio reforça a importância dos mecanismos de controle. É que estas regras, ao mesmo tempo em que objetiva neutralizar o poder arbitrário, portanto espúrio ao sistema democrático, são também instrumentos de legitimidade democrática. A evolução da democracia, segundo Bobbio, não se mede pela quantidade de participantes mas, ao contrário, pela

<sup>110</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Atlas. 29ª ed. pág. 639.

<sup>111</sup> BUGARIN, Bento José. *Controle das Finanças Públicas – uma visão geral*. Revista do Tribunal de Contas da União n. 59, pág 12.

<sup>112</sup> BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra. Pag. 30.

qualidade da participação que é veiculada através dos controles institucionais. Assim, o controle se apresenta como uma faculdade onímoda exercida por todos e sobre todos os órgãos da Administração Pública.

Neste capítulo será apresentada algumas tipologias de controle consideradas relevantes para esta monografia.

## 10.2 Controle de legalidade e legitimidade

Esta tipologia reporta ao fim último da Administração Pública: o interesse público. Sem margem para dúvidas, o “Estado *age sempre absolutamente vinculado ao que está definido em lei como interesse público*”<sup>113</sup>. O divisor de águas que dá origem aos controles de legalidade e legitimidade é a norma que regula a atuação estatal. Quando a norma estabelece com precisão o conteúdo do interesse público, a atuação da administração sujeita-se ao controle de legalidade. Ao revés, quando o conteúdo do interesse público é fruto de esforço de integração da norma, sobretudo integração principiológica, a atuação da Administração Pública decorrente se submete ao controle de legitimidade.

## 10.3 Controle interno e externo

Esta classificação está posta pelo direito constitucional positivo em matéria financeira. Trata de relações introversas no âmbito da Administração Pública entre seus entes, órgão e agentes que administram os recursos financeiros da coletividade. Na esfera federal, dispõe a Constituição:

“Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante **controle externo**, e pelo sistema de **controle interno de cada Poder.**”(grifamos)

---

<sup>113</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense. 13ª ed. 548.

Quando o controle é feito pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas denomina-se controle externo, quando realizado pelo próprio Poder sobre sua atuação chama-se controle interno.

#### **10.4 Controle administrativo, parlamentar e jurisdicional**

Esta tipologia é ao mesmo tempo objetiva e subjetiva. É objetiva porque define o conteúdo do controle e seus efeitos. E considera-se subjetiva porque está vinculada ao órgão controlador.

##### **10.4.1 Controle administrativo**

“O *controle administrativo* é, por definição, o exercido pelos órgãos da Administração sobre seus próprios atos no desempenho da *autotutela*”<sup>114</sup>. É executado – em regra - de ofício, de forma permanente e ininterrupta, ou mediante provocação via, por exemplo, representação e recursos. Quanto ao conteúdo do controle abrange a legalidade, a legitimidade e o mérito.

##### **10.4.2 Controle jurisdicional**

O controle jurisdicional é aquele exercido pelo *Poder Judiciário* no exercício de sua atividade precípua. Com efeito, a ordem jurídica pátria estabelece a unidade de jurisdição de modo que o controle jurisdicional se sobrepõe ao controle administrativo e o modifica. Quanto ao alcance, o controle jurisdicional abrange os aspectos de legalidade e legitimidade. Remanesce, assim, alguns aspectos de mérito sobre o qual a jurisdição não pode se imiscuir. Este aspectos são considerados indiferentes jurídicos e estão protegidos pela cláusula constitucional da separação dos poderes. O grande desafio da doutrina é estabelecer o limiar preciso a partir do qual se está diante de uma questão insindicável pelo judiciário.

---

<sup>114</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense. 13ª ed. 554

## Cap 11-Considerações finais e Conclusões

### 11.1 Considerações finais

O trabalho científico realizado e por realizar é, em razão do tema, “administração-pública-eficiência-e-legalidade” é ousado e desafiante. Destacamos três razões que nos permitiram chegar a esta conclusão:

- a) a doutrina pátria não explorou suficientemente esta temática, de modo que há escassez de obras;
- b) o Direito Administrativo passa por uma fase de profundas transformações; surgem novos conceitos e institutos e aqueles considerados clássicos, com raízes no séc. XIX, estão sendo submetidos a profunda revisão;
- c) a abrangência do tema requer a investigação de uma pluralidade de conceitos, muitos considerados interdisciplinares, que carecem de substancial aprofundamento.

Duas crenças, posteriormente descartadas, nos levaram a escolha do tema. Primeiramente, acreditava-se que o direito é uma espécie de motor da história e, em segundo lugar, imaginava-se que a grande panacéia para a solução dos problemas da Administração Pública seria o uso desmesurado do mandamento da eficiência em detrimento, até mesmo, da própria legalidade.

Um estudo mais acurado da questão demonstrou o equívoco inicial em que se incorria.

Ora, a legalidade é uma conquista da civilização ocidental e, porque não dizer, da própria humanidade. Ademais o direito é, em essência, segurança jurídica, mandamento de preservação das conquistas do passado, e justiça, que se realiza no contexto social pela partilha da riqueza disponível. O direito não cria riquezas, apenas a distribui. Daí não ter a força que alguns imaginam.

Por outro lado, resignação e serenidade não significam apatia. É incontroversa a precariedade da atuação da Administração Pública Brasileira. Crises de legitimidade surgem justamente do descompasso entre o texto constitucional e a dura realidade. Por isso, torna-se premente reduzir o hiato entre o prescrito e o

realizável. Acredita-se, então, que a pesquisa científica da doutrina jurídica, a par com outros níveis do todo social, pode contribuir para o enfrentamento da reconstrução da Administração Pública Brasileira. Para tanto se faz necessária uma abordagem jurídica da administração pública através de um intenso diálogo com a Ciência Política, a Sociologia, a Ciência da Administração e a Economia. Há, outrossim, a necessidade de abertura do espírito para a modernização da administração pública.

## 11.2 Conclusões

1. Esta monografia propôs-se a fazer uma reflexão sobre conceitos correlatos e substanciais da Administração Pública. Alguns, com raízes históricas no Estado de Direito subsequente ao Estado Absolutista, contextualizados em ambiente histórico, econômico e social distinto, carecem de profunda revisão. Outros, como o princípio da eficiência, formulados justamente no compasso da nova realidade demandam análise mais acurada da doutrina para torná-los operativos e funcionais.
2. De acordo com este plano de trabalho, fez-se, preliminarmente, um esboço da realidade em que se insere a Administração Pública Brasileira. É sobre a realidade que opera o direito, em cujo objeto, o problema jurídico, ele assume três dimensões, norma, decisão e ordem jurídica.
3. Atualmente, a Administração Pública é vista, com maior ênfase, como o aparelho estatal voltado para prestações positivas.
4. Ocorre que a Administração Pública não está preparada para atender as demandas. Razão para o surgimento de crises de legitimidade.
5. O estágio em que se encontra a Administração Pública Brasileira, bem como a sua conformação, é produto de fatores exógenos e endógenos. Estes fatores restringem e limitam a sua atuação aquém das necessidades públicas.
6. Externamente, a globalização econômica e financeira, é o principal fator que condiciona a Administração Pública, inclusive a produção normativa de sua atuação.
7. Sobre os fatores exógenos, a muito pouco a fazer a não ser manobras radicais de resultados imprevisíveis.
8. Internamente, no entanto, há ampla margem de manobra para, via atuação da Administração Pública, a busca da realização do Estado Social e Democrático de Direito.

9. Há que se vencer resistências no plano cultural, com ruptura de alguns paradigmas. Na dimensão institucional, a ordem jurídica vem sendo modificada com algum êxito. Ademais, procura-se harmonizar as conquistas do modelo de administração burocrática como o novo paradigma da administração gerencial.
10. Acredita-se também numa nova hermenêutica para o Direito Administrativo baseada na Teoria dos Princípios. Buscam-se mecanismos de interpretação sistêmicos, principiológicos e problematizadores, que deixem de ser retóricos e passem a ser operativos e funcionais.
11. Nesta abordagem, os princípios da eficiência e da legalidade merecem análise mais detida; a legalidade deve ser vista em nova perspectiva e a eficiência assume a condição de, por que não dizer, símbolo da Administração Pública que atende aos anseios da coletividade.
12. Entende-se que a eficiência integra a legalidade e a legítima. Sobretudo quando o direito assume o caráter de decisão circunstancial e contingente facultando-se, via poder discricionário, maiores prerrogativas aos agentes, entes e órgãos públicos competente.
13. A realização do Estado de Direito, Social e Democrático, pressupõe controle. O controle é a garantia da efetivação do direito norteador da atuação da Administração Pública burocrática e policêntrica. Caso contrário, a Administração se corrompe, visando um fim em si própria, voltando-se para os seus agentes, entes e órgãos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNAMO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes.
- ABRUCIO, Fernando Luiz. *O impacto do modelo gerencial na administração pública Um breve estudo sobre a experiência internacional recente*. Brasília: ENAP, 1997. Cadernos ENAP n. 10
- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- ÁVILA, Humberto. *TEORIA DOS PRINCÍPIOS, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros. 3a ed. 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: UNB, 10a ed., 1999.
- \_\_\_\_\_. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: UNB, 4a ed., 1997.
- \_\_\_\_\_. *Estado Governo e Sociedade*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Ed. Paz e Terra, 11a ed.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 11<sup>a</sup> ed. 2001.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos e outro. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 3<sup>a</sup> ed, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 5<sup>a</sup> ed., 2002.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 4<sup>a</sup> ed., 2002.
- DESCARTES, René. *Discurso do Método*. São Paulo: Martins Fontes: clássicos, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 15<sup>a</sup> ed, 2003.
- \_\_\_\_\_. *DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2<sup>a</sup> ed, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002
- FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2<sup>a</sup> ed, 1999.

- FERRAZ JR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. São Paulo: Atlas, 2<sup>a</sup> ed, 1994.
- GRAU, Eros Roberto, *o direito posto e o direito pressuposto*, Malheiros, São Paulo, 5a ed, 2003.
- HIRST, Paul e outro. *Globalização em Questão*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2<sup>a</sup> ed. 1998.
- IHERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2<sup>a</sup> ed, 1998.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 6<sup>a</sup> ed, 1998.
- \_\_\_\_\_ *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges, Martins Fontes, São Paulo, 2000.
- KOLM, Serge-Christophe. *Teorias Modernas da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KUJAWSKI, Gilberto de Mello. *Idéia de Brasil, a arquitetura imperfeita*. Ed. Senac.
- LARENZ, Karl. *METODOLOGIA DA CIÊNCIA DO DIREITO*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Tradutor: José Lamago. 3<sup>a</sup> ed. 1997.
- LYOTARD, Jean-François. *A condição Pós-Moderna*. Rio de Janeiro: José Olympio, 6<sup>a</sup> ed., 2000.
- MARCONINE, Mário. *OMC, Acordos Regionais e o Comércio de Serviços. Normativa Internacional e interesse brasileiro*. São Paulo: Aduaneiras, 2003.
- MARTINS, Luciano. *Reforma da Administração Pública e cultura política no Brasil: uma visão geral*. Brasília: ENAP, 1997. Cadernos ENAP; n.8
- MEDAUAR, Odete. *DIREITO ADMINISTRATIVO MODERNO*. São Paulo: Revista dos Tribunais(RT). 7a ed.
- \_\_\_\_\_ *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: RT. 2<sup>a</sup> ed.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros. 29<sup>a</sup> ed.
- MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Claret, 2002.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense. 13<sup>a</sup> ed.
- NOGUEIRA, Alberto. *Globalização, Regionalização e Tributação: A nova matriz mundial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- PERELMAN, Chaïm. *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

\_\_\_\_\_ e outros. *Tratado da Argumentação: A nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PINKER, Steven, “*tabula rasa*”, *a negação contemporânea da natureza humana*. Companhia das Letras, São Paulo, 2004.

*Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. – Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da ADMINISTRAÇÃO Federal e Reforma do Estado, 1995.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 21ª ed., 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Editora Malheiros, 4ª ed., 2000.

\_\_\_\_\_ e outros. *As Leis do Processo Administrativo. Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_ e outros. *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SOUZA SANTOS, Boaventura. *Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. Em: Os sentidos da Democracia: políticas do dissenso e hegemonia global*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: definições e fins do direito* (trad. Alcidema Franco Bueno Torres). São Paulo: Atlas, 1977.