

6 – A Superposição de encargos

O termo *encargo*, no singular e no plural, figura na lei nos arts. 28, § 1º, I; 28, § 2º, II; 29, § 1º e 49. Além de encargos, a lei alude a *despesas*, nos arts. 28, § 1º, I e IV; 28, § 2º, II e 55 e a *honorários de advogado*, inclusive extra-judiciais, no art. 28, § 1º, IV, soma de encargos essa que, além da atualização monetária do principal, juros “flutuantes”, multas e outras penalidades (que irão, como vimos, integrar as planilhas de cálculo e servir de título executivo extra-judicial) são de responsabilidade do devedor.

A reação dos devedores a essa ofensiva contrária aos seus interesses será, provavelmente, cair na inadimplência e, no processo judicial, opor a chamada exceção de pré-executividade; e o resultado, na prática, será a maior quantidade de processos no Judiciário e maior demora no julgamento dos feitos, sem falar que a ausência de controle sobre o montante dos créditos pode ter reflexos negativos sobre a estabilidade dos preços.

7 - Considerações Finais

A Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004 visou restabelecer, em suma, a correção monetária no mercado imobiliário, como se isso fosse constitucionalmente possível.

É preciso ter presente que a correção monetária consistiu na colocação do poder aquisitivo no topo do sistema monetário, acima da moeda legal.

A imposição dessa “correção” monetária no Brasil tornou-se possível porque vivíamos, na época, sob a égide do Ato Institucional que implantara, de fato, no país uma ordem jurídica “paralela”, ao lado da ordem jurídica constitucional. Seguindo esse sistema o nosso primeiro indexador, a ORTN, foi criado pela Lei n. 4.357, de 16 de julho de 1964 para funcionar, “ao lado” da moeda legal nacional.

Hoje, porém, restaurado o Estado de Direito, fica clara a anomalia. A moeda legal, por força da Constituição, é uma única “unidade monetária”. Na medida em que uma Lei qualquer cria – ou manda aplicar – um Indexador com poder de vigor como unidade monetária, e “corrigir” a moeda legal, segundo a variação do poder aquisitivo, ela institui um valor superior não apenas à moeda, mas à própria Constituição. Colocar o poder aquisitivo como fundamento de valores numa ordem jurídica consiste, portanto, em desrespeitar a Constituição que estabelece a moeda legal como o superior valor (monetário) dessa mesma ordem jurídica.

É imperioso concluir, portanto, que a correção monetária foi inconstitucional desde a sua origem ao instaurar um valor superior não só à moeda legal como à Constituição que é o fundamento de validade dessa moeda legal.

Para romper os impasses monetários atuais – que decorrem, em sua maior parte, dos defeitos acarretados pela correção monetária e que ainda não foram reparados pelo Plano Real e suas medidas complementares – o Brasil depende da edição de uma Lei que declare a inconstitucionalidade, desde a origem, da correção monetária e das normas que a consagram, com o que é o caso da Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004, de que acabamos de tratar.

NEOCONSTITUCIONALISMO E LEGALIDADE ADMINISTRATIVA: A JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Marco Antonio dos Santos Rodrigues*

1. Um novo constitucionalismo acompanhando o novo milênio?

O presente trabalho procura analisar a influência do neoconstitucionalismo sobre um dos pilares da ação estatal: o princípio da legalidade administrativa.

No entanto, antes de mais nada, é preciso definir o que é o neoconstitucionalismo, que vem sendo objeto de discussão entre os publicistas nos últimos tempos. Será um novo direito constitucional vigente, apesar de, desde a Constituição de 1988, manter a mesma estrutura fundamental, apesar da ocorrência de algumas modificações¹?

Em síntese, o neoconstitucionalismo significa uma gama de fenômenos no âmbito do Direito Constitucional, que, em conjunto, acabaram por gerar uma constitucionalização do Direito como um todo. Nesse sentido, pode-se dizer que a consolidação do Estado constitucional de direito, o pós-positivismo, com a superioridade axiológica dos direitos fundamentais e o retorno à observação dos valores, e a consideração da força normativa da Constituição geraram uma nova concepção do Constitucionalismo, com diversas conseqüências práticas.

Luís Roberto Barroso procura sintetizar, em artigo sobre o neoconstitucionalismo, as características que propiciaram a constitucionalização do Direito, como podemos observar:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.²

A Constituição, enquanto norma jurídica fundamental da comunidade, é composta por um sistema de princípios e regras jurídicas. Atualmente, a concepção normativa da Constituição encara a Lei Maior não como uma simples folha de papel em que são registrados os fatores reais de poder, juridicizando-os, como sustentava Ferdinand

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro. O presente artigo foi inicialmente elaborado como tese apresentada no XXXIII Congresso Nacional de Procuradores do Estado, ocorrido em outubro de 2007, tendo sido aprovado na referida ocasião, tendo sofrido pequenas alterações com relação ao seu original.

¹ Até o término deste trabalho, desde outubro de 1988, foram editadas um total de 56 Emendas Constitucionais, bem como 6 Emendas de Revisão.

² BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Mimeo, 2005, p. 8.

Lassalle³, mas como um documento cujas disposições possuem, como qualquer outra norma jurídica, imperatividade.

Tendo em vista a sua pretensão de ordenação da coletividade, as normas jurídicas, via de regra, são obedecidas espontaneamente. No entanto, quando excepcionalmente não há a sua observância voluntária, a norma terá seu cumprimento realizado pela coerção, isto é, com a imposição de uma sanção àquele que não a obedecer.

As normas constitucionais, entretanto, não se operam da mesma forma que as demais normas jurídicas. A Constituição, por se tratar do diploma situado no grau mais elevado do ordenamento jurídico de um Estado, não possui um sistema de garantias que lhe seja superior hierarquicamente, ou que lhe imponha uma coercitividade supraestatal⁴. Ao contrário, a grande influência de fatores metajurídicos sobre o cumprimento das normas constitucionais – seja a impossibilidade material de realização da norma, seja a influência política, econômica ou social de pessoas ou grupos – impõe-lhes um grande desafio de realização prática.

Durante muito tempo, as normas constitucionais eram tidas como diretas, muitas vezes sequer sem eficácia. No Brasil, merece destaque a tentativa de José Afonso da Silva em iniciar uma mudança nesse quadro. Nesse sentido, o autor deu muito destaque à premissa de que todas as normas constitucionais possuem eficácia, isto é, capacidade de produção de efeitos concretos, apesar de em graus diferentes, tendo classificado as normas constitucionais em função de sua eficácia em normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada⁵.

A partir da década de oitenta do século passado, porém, Luís Roberto Barroso⁶ pioneiramente, e daí seguindo a doutrina brasileira, constatou que a mera capacidade de produção de efeitos por um dispositivo não basta. É preciso que as normas produzam efeitos reais, não sendo suficiente a possibilidade teórica de realização concreta. Desenvolveu-se, assim, a doutrina brasileira da efetividade.

É pressuposto fundamental para a efetividade das normas constitucionais que elas se aproximem da realidade. Não pode o legislador constituinte querer normatizar o irrealizável. A existência de normas de difícil aplicação prática, ao contrário, gera uma descrença no texto constitucional, uma vez que suas disposições não são atingíveis.

³ LASSALLE, Ferdinand. O que é uma Constituição? Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2001. Confira-se, nessa esteira, trecho da obra do autor (ob. cit., p. 48): “Eis aqui o que é, em essência, a Constituição de um país: os somatérios dos fatores reais de poder que vigoram nesse país. (...) Colhem-se estes fatores reais de poder, registram-se em uma folha de papel, se lhes dá expressão escrita, e a partir deste momento, incorporados a um papel, já não simples fatores reais de poder, mas que se erigiram em direito, em instituições jurídicas, e quem atentar contra eles atentará contra a lei e será castigado”.

⁴ “Las funciones ordenadora y pacificadora del Derecho ordinario dependen en gran medida de que, si resulta necesario, se impongan por vía ejecutiva, mediante la coerción estatal. Su observancia, pues, siempre resulta garantizada desde fuera. Todo lo contrario ocurre con las normas de la Constitución. Su observancia no se garantiza ni por un ordenamiento jurídico existente por encima de ella ni por una coactividad supraestatal; la Constitución no depende sino de su propia fuerza y de las propias garantías. Lo que intenta es tener en cuenta tales supuestos con una configuración que, mediante la división y el concurso de poderes públicos, procure de forma natural la observancia del Derecho Constitucional: por así decirlo, tiene que crear un sistema que gravite sobre sí mismo y conlleve los presupuestos necesarios para prevalecer” (HESSE, Konrad. *Constitución y derecho constitucional*. In: Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. Manual de derecho constitucional, 1996, 1-15, p. 8).

⁵ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 6ª ed., 2003, pp. 81-166.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 6ª ed., 2002.

Com efeito, ao elaborar o texto constitucional, o legislador constituinte vive um grande dilema. Por um lado, ao elaborar uma nova Constituição, é progressista, procurando construir um novo futuro para o Estado que estruturará, e, para tanto, estabelecendo premissas de mudança e ruptura com o ordenamento vigente. Por outro lado, não pode alterar excessivamente a realidade, sob pena de gerar um risco oposto. Uma Lei Fundamental irrealizável causa uma insinceridade normativa⁷, constitui-se numa Constituição semântica⁸, tal qual a crítica de Lassalle: é um simples documento que, não obstante uma pretensão inerente de organização da vida da nação para a qual é elaborada, possui previsões que não são realizadas na prática. Uma Constituição insincera não regula a realidade do Estado em que vige, mas é apenas artifício dos detentores do poder político de fato⁹.

Para que as normas constitucionais possuam efetividade, é preciso uma “vontade de Constituição”¹⁰, que se encontra baseada em um tripé. Em primeiro lugar, a vontade de Constituição se alicerça na consciência da necessidade de uma ordem normativa inviolável que impeça arbitrariedades. Além disso, essa ordem normativa não somente é legítima, mas deve buscar contínua legitimação, e por isso, sua efetividade não se opera tal qual à de uma lei, que decorre da coercitividade estatal, mas depende eminentemente de atos de vontade¹¹.

Assim sendo, um dos desafios atuais da teoria constitucional contemporânea é garantir a efetividade das normas das Leis Fundamentais¹². Nesse ensejo, vale destacar que a Constituição brasileira de 1988 possui normas organizatórias, outras definidoras

⁷ A expressão é de Luis Roberto Barroso, em obra lapidar sobre o tema (O direito constitucional ..., ob. cit., p. 59).

⁸ LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la constitucion. Trad. y estudio sobre la obra por A. Gallego Anabitarte. 2.ed. Barcelona, Ariel, 1976, pp. 217-219.

⁹ SILVA, Anabelle Macedo. Concretizando a Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 85, retrata com muita propriedade o desafio do constitucionalismo contemporâneo: “O constitucionalismo material procura mesmo romper o paradigma da alternância entre norma e realidade, procurando integrar os dois momentos do fenômeno normativo. A normatividade da Constituição encerra o produto da interação entre: i) a pretensão de eficácia das normas constitucionais (elemento normativo), expressão da obrigatoriedade da Constituição, ii) as condições históricas de sua realização (elemento fático), expressão da força condicionante da realidade. Assim, a pretensão de eficácia de uma norma constitucional associa-se às condições fáticas de sua realização como elemento autônomo” (original sem grifo).

¹⁰ A expressão é autoria de HESSE, Konrad. *La fuerza normativa de la Constitución*. In: *Escritos de Derecho Constitucional*, 1983, 59-84, p. 71.

¹¹ HESSE, Konrad. *La fuerza normativa ... In: Ob. cit.*, pp. 70-71.

¹² Na jurisprudência, confira-se por exemplo, a aplicação da máxima efetividade: “I. Constituição: princípio da efetividade máxima e transição. 1. Na solução dos problemas de transição de um para outro modelo constitucional, deve prevalecer, sempre que possível, a interpretação que viabilize a implementação mais rápida do novo ordenamento. II. Tribunal de Contas dos Estados: implementação do modelo de composição heterogênea da Constituição de 1988. A Constituição de 1988 rompeu com a fórmula tradicional de exclusividade da livre indicação dos seus membros pelo Poder Executivo para, de um lado, impor a predominância do Legislativo e, de outro, vincular a clientela de duas das três vagas reservadas ao Chefe do Governo aos quadros técnicos dos Auditores e do Ministério Público especial. Para implementar, tão rapidamente quanto possível, o novo modelo constitucional nas primeiras vagas ocorridas a partir de sua vigência, a serem providas pelo chefe do Poder Executivo, a preferência deve caber às categorias dos auditores e membros do Ministério Público especial: precedentes do Supremo Tribunal Federal”. (Supremo Tribunal Federal, ADI-MC 2596, rel. Min. Sepúlveda Pertence, publ. DJ 27, de setembro de 2002)

de direitos e garantias, e mais outras programáticas¹³, sendo tarefa do intérprete buscar a máxima efetividade de todas essas espécies normativas.

É preciso assumir, outrossim, que a interpretação das normas constitucionais deve ser concretizadora, isto é, a tarefa do intérprete da Lei Maior é incorporar a realidade à norma que estiver em questão, conferindo-lhe conteúdo concreto. A Constituição deve atuar, juntamente com outras forças da sociedade, para a transformação da realidade, e simultaneamente não pode dela se desvincular, uma vez que sua força normativa também advém desta.

Com efeito, a moderna interpretação constitucional rompe com um dos dogmas fundamentais do positivismo, qual seja, o de que o processo de interpretação é meramente declaratório do sentido da norma jurídica. Atualmente, é falacioso assumir posição nesse sentido. A interpretação de toda e qualquer norma jurídica, e em especial das normas constitucionais, que envolvem fortemente fatores metajurídicos, é criativa, dependendo de sua concretização com relação a um problema prático¹⁴.

Assim, a interpretação possui, também, um fator histórico relevante: a norma deve ser entendida à luz da situação histórica concreta em que se encontra. A partir de suas convicções próprias sobre a norma e a situação fática que esta regula, o intérprete deverá construir o sentido da norma a partir dos dispositivos normativos existentes¹⁵.

A doutrina da efetividade das normas constitucionais revela um compromisso dos aplicadores do Direito com a consecução dos valores constitucionais, e teve como aliado para sua consagração a filtragem constitucional. As normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz dos valores consagrados pela Lei Maior, que irá informá-las o sentido e retirar do ordenamento as normas que porventura sejam com ela discordantes¹⁶.

Dentre os valores consagrados pela Constituição, importante destacar que a interpretação constitucional estará pautada, em primeiro lugar, pelos fundamentos da República brasileira¹⁷, uma vez que indicam as finalidades do Estado, em especial pela

¹³ A classificação ora adotada é da autoria de Luís Roberto Barroso, na já citada obra *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas* (ob. cit., p. 94).

¹⁴ A interpretação constitucional concretizadora aqui defendida baseia-se nas idéias de Konrad Hesse (*La interpretación constitucional*, In: *Escritos de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 43 e ss), um dos defensores da interpretação como concretização.

¹⁵ A propósito, importante observar que os termos “dispositivo normativo” e “norma” não se confundem. O primeiro é o objeto da interpretação, ao passo que as normas são os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática desses textos. Assim, é possível, por exemplo, que haja norma sem que exista dispositivo normativo a prevê-la, ou mesmo um dispositivo que não dê ensejo a norma alguma. Além disso, pode haver somente um dispositivo, a partir do qual é construída mais de uma norma, ou uma norma constitucional pode ser construída por mais de um dispositivo. Sobre as relações entre os textos normativos e as normas, vale conferir ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 2004, p. 22 e ss.

¹⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 104: “Utiliza-se a expressão ‘Filtragem Constitucional’ em virtude de que ela denota a idéia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas”.

¹⁷ Estão eles descritos no artigo 1º da Lei Maior, que assim está redigido: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – soberania; II – cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre

promoção da dignidade humana, e pelos direitos fundamentais, considerados a expressão das necessidades mínimas de existência dos indivíduos¹⁸.

Por isso, a interpretação de qualquer norma constitucional ou infraconstitucional deve estar pautada primordialmente na promoção desses valores fundamentais, e dos direitos fundamentais previstos no Estado brasileiro.

A filtragem constitucional se baseia em três premissas fundamentais¹⁹. A primeira delas decorre de princípio de interpretação constitucional, a supremacia da Constituição. Tendo em vista ser a Constituição a lei fundamental de um Estado, estando todas as demais normas jurídicas a ela subordinadas, qualquer norma infraconstitucional ou internacional que com ela colida é inválida, devendo ser retirada do ordenamento desde logo.

A supremacia da Constituição é decorrente da concepção de supremacia do poder constituinte sobre as demais instituições jurídicas e da noção de rigidez da Constituição. Uma Constituição rígida situa-se no topo do ordenamento jurídico, atuando como fundamento de validade de todas as demais normas, gerando, outrossim, uma vocação maior de estabilidade e permanência, em função de sua superlegalidade formal e material, em oposição à fácil modificabilidade das normas infraconstitucionais ordinárias²⁰.

A segunda premissa também se constitui em princípio de interpretação constitucional. É o princípio da interpretação conforme à Constituição: como deferência ao princípio da separação dos Poderes, as normas infraconstitucionais somente devem ser retiradas do ordenamento jurídico, se não houver um sentido constitucional possível para mantê-las no ordenamento jurídico²¹.

Finalmente, a última das premissas da filtragem é a aplicabilidade direta das normas constitucionais, pela qual salvo quando estas últimas não são exequíveis desde logo, deverão elas ser aplicadas imediatamente, ainda que não haja lei as concretizando.

A filtragem é intrinsecamente ligada a outro fenômeno constitucional contemporâneo: a constitucionalização do ordenamento jurídico. O constituinte de 1988 se preocupou em trazer no próprio bojo do texto constitucional a previsão de uma série de dispositivos que encerram normas jurídicas até então previstas em sede ordinária, que, juntamente com os direitos fundamentais e valores constitucionais, servirão de norte para a aplicação das normas infraconstitucionais.

Como consequência da elaboração de uma Constituição analítica, muitas normas que até então eram matéria tipicamente de lei passaram a ser delimitadas pela Constituição, ainda que genericamente. Ademais, a Carta vigente é programática, impondo aos Poderes do Estado uma série de objetivos a serem efetivados, o que acarreta tarefas práticas tanto ao legislador como ao administrador.

Assim, se a Constituição vigente traz aos Poderes em geral – e ao administrador em especial – novas tarefas, pode o neoconstitucionalismo trazer consequências à atuação estatal? Como equacionar o neoconstitucionalismo e o princípio da legalidade administrativa, que atua como limite à ação da Administração Pública?

iniciativa; 18 Não obstante o fato de todos os fundamentos da República constituírem fonte dos direitos humanos, como é o caso da cidadania (consagrando a cidadania como um dos fundamentos dos direitos humanos, vale conferir o texto de Ricardo Lobo Torres – A cidadania multidimensional na era dos direitos, In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Ob. cit., pp. 243-342), entendemos que, no contexto brasileiro, um deles pode ser considerado o fundamento primordial dos direitos mais basilares do ordenamento: a dignidade da pessoa humana, uma vez que esta objetiva permitir uma vida digna a todos os indivíduos.

¹⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. *Op. cit.*, pp. 101-137.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2003, pp. 163-164.

²¹ Idem, pp. 188-195.

2. Neoconstitucionalismo e Administração Pública – novas possibilidades à juridicidade administrativa

O Direito Administrativo vigente após a promulgação da Constituição de 1988 possui uma característica muito marcante: trata-se da inauguração de um regime de uma Administração que rompeu com práticas autoritárias sob a égide do sistema constitucional anterior.

Valendo-se da expressão de Loewenstein, a Constituição de 1967, bem como o regime constitucional inaugurado em 1969, encerravam Constituições semânticas²², no sentido de que não representavam a realidade existente, que era regulada pelos fatores reais de poder. Daí porque, no sistema constitucional anterior, a Administração Pública era, então, conseqüência dessa Lei Maior: apesar de existir um Diploma Fundamental extremamente detalhado, não havia, especialmente em função dos amplos poderes concedidos ao Executivo pelos diversos atos institucionais, garantia de compromisso com os valores constitucionais ou com a efetividade das normas da Lei Maior.

Com efeito, como reflexo da continuidade da estrutura originária da Administração Pública pós-revoluções liberais, estava-se diante de uma Administração autoritária, burocratizada e marcada pela pessoalidade. Não obstante o fato de a burocratização administrativa ter surgido, quando da revolução francesa, como forma de combater as práticas atentatórias à moralidade, a Administração brasileira vivia um momento em que, apesar de possuir uma estrutura burocratizada, tal característica não impedia práticas de restrição a direitos²³.

Esse quadro histórico foi determinante na Assembléia Constituinte, revelando tamanha preocupação com a Administração, que ocasionou a sua regulação em um longo capítulo²⁴, o qual, através da previsão de diversas regras e princípios, procura criar um microsistema sobre a matéria.

A previsão de todo um microsistema de normas constitucionais referentes à Administração Pública teve uma série de objetivos. Em primeiro lugar, as regras constitucionais sobre a matéria procuram impor desde logo ao administrador condutas mínimas a serem observadas, determinando a proibição a certas práticas que poderiam desvirtuar a atuação da Administração.

Assim foi, por exemplo, com o art. 37, II²⁵, da Lei Maior: tendo em vista a ausência de vedação no regime constitucional anterior à ascensão de funcionários de uma carreira a outra, de nível superior²⁶, acabava por ocorrer na Administração a elevação de funcionários a outra classe superior sem concurso, o que, em última análise, tornava-a

menos eficiente – porque não contratava os mais capacitados –, mais paternalista e, conseqüentemente, pouco impessoal²⁷. Com a regra prevista no dispositivo mencionado, fica vedada a contratação de pessoas sem concurso, salvo para cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração. Trata-se, evidentemente, de norma jurídica que prevê conduta específica a ser seguida, que possui uma finalidade a ser atingida – a maior eficiência e moralidade na Administração.

Nesse sentido, outra norma a destacar é a prevista no inciso III do mesmo art., que determina o prazo máximo de validade de concursos por dois anos, prorrogáveis por mais dois²⁸. Além de se constituir numa prescrição de obediência obrigatória, isto é, as Administrações de qualquer dos entes da Federação devem obrigatoriamente estipular o prazo máximo de validade de dois anos para seus concursos, trata-se também de norma que, em função do princípio da legalidade administrativa, desde logo permite a realização de concursos, atendidos, contudo, os pressupostos legais para a ocorrência do certame.

Ademais, a Lei Maior também prevê princípios aplicáveis a todos os poderes estatais e, no microsistema referente à Administração, os chamados princípios constitucionais da Administração Pública, em número de cinco: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência²⁹ –, que determinam finalidades ao administrador, sem impor-lhe os meios de atingi-las.

Dentre os princípios constitucionais basilares, destaca-se o da legalidade administrativa, que, com efeito, é um dos pilares do Direito Administrativo pátrio. Trata-se de um princípio com uma multitude de significações, que podem ser resumidas em duas vertentes fundamentais: o princípio da reserva de lei, também conhecido como conformidade, e o da preferência de lei, também chamado compatibilidade ou precedência de lei³⁰.

A preferência de lei, também conhecida como compatibilidade, impõe que o administrador não contrarie texto de norma legal ao praticar os atos de sua atribuição³¹. Trata-se, portanto, do reconhecimento de uma hierarquia: a norma emitida pelo órgão composto pelos representantes do povo possuirá primazia na regulação de determinadas matérias. Em última análise, a preferência de lei originalmente determina uma supremacia do Poder Legislativo, tendo em vista seu caráter democrático.

A reserva de lei, por sua vez, adentra no âmbito da competência. Com relação a determinadas matérias, somente será cabível a regulação por lei formal, sendo ilegítima

²² LOEWENSTEIN, Kart. *Op. cit.*, pp. 217-219.

²³ Sobre o quadro histórico em que em construída a Constituição de 1988, vale conferir a obra sempre atual de Luís Roberto Barroso: *O direito constitucional ...*, ob. cit.

²⁴ Apesar de o capítulo VII – Da Administração Pública – do Título III – Da organização do Estado – possuir poucos arts. são estes desmembrados em uma série de incisos e parágrafos.

²⁵ “II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

²⁶ A Constituição de 1967, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, previa em seu art. 97, § 1º: “A primeira investidura em cargo público dependerá de aprovação prévia, em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo os casos indicados em lei”. A exigência de concurso público apenas para a primeira investidura, em repetição ao disposto no artigo 186 da Constituição de 1946, contudo, dava ensejo ao acesso a cargos de carreiras mais elevadas por pessoas cuja capacidade para realização da função não era comprovada, em evidente fraude à razão-de-ser da regra do concurso público.

²⁷ Na arguta análise de Diogo de Figueiredo Moreira Neto Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 14ª ed., 2005, p. 308, “o argumento do aproveitamento de tirocínio, com que se costumava justificar essa modalidade oblíqua de ultrapassar o concurso e praticar corporativismos velados, não aproveita, pois a experiência no desempenho de um cargo não garante que existam condições para o desempenho de outro, com maiores responsabilidades”.

²⁸ “III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período”.

²⁹ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”.

³⁰ No Direito brasileiro, é adotada tradicionalmente a expressão “preferência de lei”. Já no Direito português, berço de significativas inovações no Direito Administrativo, utiliza-se a expressão “precedência de lei”. Por todos: OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003; CORREIA, José Manuel Sérulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

³¹ Nesse mesmo sentido, CORREIA, José Manuel Sérulo. *Op. cit.*, p. 18.

a criação de direitos e obrigações por outra via que não a lei elaborada de acordo com o procedimento constitucionalmente previsto³².

No Brasil, duas matérias são tradicionalmente objeto de reserva de lei: a tributária e a penal. O art. 150, I, da Constituição, prevê que não é possível exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça³³. Da simples análise da natureza do dispositivo, vê-se a justificativa da reserva de lei prevista: um tributo acaba por se constituir numa obrigação de pagamento de um valor ao erário público, e o inadimplemento de tal obrigação pode gerar a utilização de meios de coerção patrimonial, bem como diversas restrições à autonomia do contribuinte inadimplente³⁴.

Dessa forma, a reserva de lei, tanto simples como qualificada, constitui-se numa garantia ao contribuinte de que não sofrerá a imposição de uma obrigação de dar coisa certa ao Fisco, que pode acabar até mesmo acarretando a constrição de seu patrimônio – o que pode restringir seu direito fundamental à propriedade – sem que esta tenha origem em deliberação dos representantes do povo.

O art. 5º, XXXIX, da Lei Maior, por seu turno, prevê a reserva de lei em matéria penal, determinando, dentre as garantias fundamentais do Estado brasileiro, que “não há crime sem lei anterior que o defina”, o que significa dizer que, para a previsão de conduta caracterizada como tipo penal, será requisito necessário a sua veiculação por lei formal, isto é, editada através do procedimento legislativo estabelecido na

³² “Ação Direta de Inconstitucionalidade - Remuneração, Subsídios, Pensões e Proventos dos Servidores Públicos, Ativos e Inativos, do Estado do Rio de Janeiro - Fixação de Teto Remuneratório Mediante Ato do Poder Executivo Local (Decreto Estadual Nº 25.168/99) - Inadmissibilidade - Postulado Constitucional da Reserva de Lei em Sentido Formal - Estipulação de Teto Remuneratório que Também Importou em Desejo Pecuniário - Ofensa à Garantia Constitucional da Irredutibilidade do Estipêndio Funcional (Constituição Federal, Art. 37, Xv) - Medida Cautelar Deferida. Remuneração dos Agentes Públicos e Postulado da Reserva Legal. - O tema concernente à disciplina jurídica da remuneração funcional submete-se ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei, vedando-se, em consequência, a intervenção de outros atos estatais revestidos de menor positividade jurídica, emanados de fontes normativas que se revelem estranhas, quanto à sua origem institucional, ao âmbito de atuação do Poder Legislativo, notadamente quando se tratar de imposições restritivas ou de fixação de limitações quantitativas ao estipêndio devido aos agentes públicos em geral. - O princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício das atividades administrativas e jurisdicionais do Estado. A reserva de lei - analisada sob tal perspectiva - constitui postulado revestido de função excludente, de caráter negativo, pois veda, nas matérias a ela sujeitas, quaisquer intervenções normativas, a título primário, de órgãos estatais não-legislativos. Essa cláusula constitucional, por sua vez, projeta-se em uma dimensão positiva, eis que a sua incidência reforça o princípio, que, fundado na autoridade da Constituição, impõe, à administração e à jurisdição, a necessária submissão aos comandos estatais emanados, exclusivamente, do legislador. Não cabe, ao Poder Executivo, em tema regido pelo postulado da reserva de lei, atuar na anômala (e inconstitucional) condição de legislador, para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Executivo passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes” (Supremo Tribunal Federal, Pleno, MCADI 2075, rel. Min. Celso de Mello, publ. DJ 27, de junho de 2003) (original sem grifo).

³³ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”

³⁴ Por exemplo, o impedimento à participação em procedimentos licitatórios. Constitui-se numa exigência muito comum, prevista nos editais de licitações, a apresentação de certidão comprobatória da inexistência de débitos fiscais.

Constituição. Essa segunda reserva também possui sua razão-de-ser: tendo em vista que, uma vez apurado um crime, caso não exista alguma excludente, haverá uma condenação que pode impor o pagamento de multa, o cumprimento de uma obrigação ou mesmo a privação da liberdade do indivíduo por determinado período, parece que a gravidade dos ônus que podem atingir o indivíduo determina que ele somente possa ser por eles alcançado se uma lei formal, elaborada pelos representantes populares com observância do procedimento para tanto, expressamente definir que a conduta configura tipo penal.

Dentre outras diferenciações no âmbito da reserva de lei, interessa-nos, nesta sede, sua classificação em absoluta ou relativa. A reserva absoluta de lei tem lugar quando “se exija do legislador que esgote o tratamento da matéria no relato da norma, sem deixar espaço remanescente para a atuação discricionária dos agentes públicos que vão aplicá-la”³⁵. Trata-se dos dois casos supramencionados – matéria penal e tributária –, em que a legalidade acaba por se converter numa tipicidade.

Por outro lado, a reserva relativa de lei se configura quando não é necessário o esgotamento da matéria pela via legislativa, permanecendo imprescindível, porém, que o legislador estabeleça os parâmetros exigíveis à atuação do administrador³⁶. Note-se, então, que tradicionalmente a reserva relativa de lei não poderia prescindir da existência de uma lei.

Jesch, citado por José Manuel Sérvulo Correia³⁷, aponta três raízes para a reserva de lei: a doutrina jusnaturalista dos direitos do homem, a separação de poderes e o princípio da soberania popular. A primeira dessas raízes, a concepção jusnaturalista dos direitos humanos, entende que o indivíduo é o centro da ordem política e social, e encontra-se num estado de natureza inicial de liberdade e igualdade. A generalidade da norma emitida pela coletividade – diretamente ou por meio de seus representantes – torna o comando impessoal, e não o fruto de um arbítrio autoritário, assegurando, assim, a igualdade de tratamento entre os destinatários do comando. Ademais, além de conferir segurança e impedir desigualdades injustificadas, a lei era vista também como uma norma necessariamente justa, por se tratar de expressão da razão humana.

A segunda das raízes encontradas para a reserva de lei é a separação de poderes. Quando da revolução francesa, que acabou por difundir suas bases ideológicas pela Europa, verificou-se claramente uma contraposição entre o Poder Legislativo e o Executivo, que significou, naquele primeiro momento, uma tensão entre o princípio democrático e o monárquico. Se a separação de poderes acabou por se transmutar

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos..., in: ob. cit., p. 169.

³⁶ Nesse sentido, vale conferir a explicação elucidativa de SILVA da, Afonso Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 17ª ed., 2000, pp. 424-425: “É relativa a reserva constitucional de lei quando a disciplina da matéria é em parte admissível a outra fonte diversa da lei, sob a condição de que esta indique as bases em que aquela deva produzir-se validamente. Assim é quando a Constituição emprega fórmulas como as seguintes: ‘nos termos da lei’, ‘no prazo da lei’, ‘na forma da lei’, ‘com base na lei’, ‘nos limites da lei’, ‘segundo critérios da lei’. São, em verdade, hipóteses em que a Constituição prevê a prática de ato infralegal sobre determinada matéria, impondo, no entanto, obediência a requisitos ou condições reservados à lei. Por exemplo, é facultado ao Poder Executivo, por decreto, alterar alíquotas dos impostos sobre importação, exportação, produtos industrializados e operações de crédito etc, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei (art. 153, § 1º)”.

³⁷ CORREIA, José Manuel Sérvulo, Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 20-32. O autor lembra, desde logo, que John Locke já sustentava que as limitações à esfera individual somente podem ser impostas mediante prévio consentimento da maioria dos representantes do povo que, como se sabe, manifestam-se através da lei.

substancialmente em relação ao modelo implementado na França revolucionária, naquele primeiro momento a separação determinou que a tarefa de criar obrigações e direitos ficasse reservada ao Poder Legislativo, composto pelos representantes do povo, o que se liga à terceira fonte da reserva de lei, a soberania popular.

A soberania popular, significando, em síntese, que o povo é o titular do poder estatal, determina que as normas gerais e abstratas que geram ônus aos indivíduos sejam criadas pelo próprio povo, ainda que indiretamente por seus representantes. Daí porque o meio por excelência para inovação no ordenamento jurídico seria a lei, instrumento normativo originado no Parlamento, órgão em que se reúnem os representantes populares.

O princípio da legalidade imporia, pois, que a Administração sempre agisse de acordo com uma lei prévia, que seria, na realidade, condição para sua atuação, da qual não poderia o administrador divergir. A legalidade assume tradicionalmente, então, três grandes funções. A primeira delas decorre das próprias raízes históricas da reserva de lei: a função de garantir a liberdade dos indivíduos por meio de normas gerais e abstratas, dotadas de racionalidade e emanadas dos representantes do povo. Além disso, a legalidade assume a missão de zelar pela prossecução do interesse público pela Administração, uma vez que este é previsto primariamente na lei e, como consequência, exprime uma função de direção política da Administração, ao definir os interesses públicos a serem perseguidos pelo ordenamento³⁸.

Esse parece ser o entendimento tradicionalmente defendido pela doutrina e jurisprudência brasileiras com relação ao agir administrativo, o que tem consequências práticas relevantíssimas, gerando, inclusive, a anulação de atos administrativos pela ausência de fundamentação na lei. Nesse sentido, vale conferir a clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro.

(...) Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente nas leis”³⁹ (grifou-se).

³⁸ CORREIA, José Manuel Sérulo. *Op. cit.*, p. 338.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 17ª ed., 2004, p. 92 e 95, respectivamente. Na esteira dos ensinamentos de Bandeira de Mello, vale lembrar MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 1993, para quem o administrador somente pode atuar quando a lei o autoriza, ao passo que os indivíduos podem fazer tudo o que a lei não lhes impeça.

A razão-de-ser da legalidade era muito simples: o princípio da legalidade atuaria como uma espécie de muralha – a muralha do Direito – a proteger a sociedade do Estado⁴⁰. Fica fácil ver que, quando de sua idealização, a legalidade administrativa era fortemente influenciada pelo positivismo.

Na França, berço do Direito Administrativo e grande fonte de estudos sobre o Estado liberal, foi criado, outrossim, órgão de jurisdição administrativa – o Conselho de Estado – responsável pelo exame de controvérsias referentes a certas matérias administrativas, que passou a elaborar, também, princípios e regras que foram construindo um Direito Administrativo autônomo em relação às normas gerais do Direito Civil.

E assim surgiu o princípio da legalidade administrativa, simultaneamente à própria emergência do Direito Administrativo, inspirado na idéia de garantia dos direitos dos administrados. A legalidade passou a ter duas facetas: para os particulares, a lei seria apenas o limite aos seus atos; para o Estado, contudo, seria condição, tendo daí emergido as concepções de reserva e precedência de lei.

Nesse sentido, a Constituição Federal brasileira de 1988 parece ter se inspirado francamente no ideário da França revolucionária. Além de elencar a legalidade como um dos princípios fundamentais da Administração Pública, em seu art. 37, *caput*, – legalidade administrativa – a Lei Maior também previu, no capítulo das garantias individuais e coletivas – art. 5º, II – que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei, o que se poderia chamar de legalidade civil. No art. 84, IV, encontra-se, ainda, mais uma remissão à legalidade, quando, nas competências privativas do Presidente da República, fica estipulado “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”, permitindo expressamente, pois, os regulamentos de execução.

Vê-se, portanto, que a legalidade administrativa, da forma como a conhecemos até hoje, é tradicionalmente idealizada de acordo com as diretrizes liberais do século XVIII. Esses dispositivos, por uma interpretação literal, confeririam ao princípio em questão um caráter muito rígido, sem margem a uma liberdade do administrador.

No entanto, a evolução do Estado contemporâneo, as mudanças do Direito Constitucional e do Direito Administrativo também possuem efeitos sobre as normas basilares desse último ramo do Direito.

Com o surgimento do Estado de Direito em fins do século XVIII e início do século XIX, iniciou-se um processo de identificação do Direito com o Estado, e, conseqüentemente, as decisões corretas seriam aquelas contidas nas normas jurídicas. Nesse sentido, a identificação entre Direito e lei ganhou seu auge com a propagação do pensamento kelseniano, que não reconhecia qualquer dimensão de justiça autônoma à ordem jurídica: a justiça estava integralmente inserida nos dispositivos legais, que gozavam de legitimidade em razão da obediência ao procedimento para sua edição.

A lei e o princípio da legalidade eram especialmente importantes na construção dessa concepção. De acordo com o ideário liberal, a lei consistiria num produto da razão, revelação de uma verdade absoluta pelos membros do povo responsáveis por representá-lo⁴¹. Em função da participação dos membros da comunidade, por meio de

⁴⁰ FIGUEIREDO, Marcelo, *As agências reguladoras. O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativa*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24.

⁴¹ “A lei do parlamento foi, então, impingido um valor sacramental, fundado na noção de ‘vontade nacional’ ou ‘popular’ e nas idéias racionalistas e humanistas predominantes na época. Qualquer ato administrativo ou judicial que não representasse única e exclusivamente a concreção da vontade previamente estabelecida pela legislador seria um atentado à vontade do novo soberano, o ‘povo-rei’, sendo, assim, ilegítima”. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Legalidade e regulamentos administrativos no Direito contemporâneo (uma análise doutrinária e jurisprudencial)*. In: *Revista Forense* nº 368, jul/ago 2003, p. 6).

seus representantes, para a formação da lei, teria esta o caráter de vontade geral, exprimindo uma racionalidade ínsita à sua gênese. Assim, num Estado mínimo, em que o poder político deveria deixar que a economia e a sociedade se regulassem a si próprias, a lei seria o instrumento de garantia do cidadão em face da Administração.

O século XX, sobretudo ao final da Segunda Guerra Mundial, na qual regimes promoveram atrocidades a todo tempo baseados nos ordenamentos jurídicos em vigor, veio demonstrar que muitas vezes a justiça não se encontrava no Direito posto, e que este poderia ser veículo de desrespeito a direitos e garantias fundamentais. Assim, não basta que as fontes normativas obedeçam a um procedimento para a criação de direitos e obrigações, ou para a previsão de comportamento; o Direito não pode se desvincular dos valores a ele inerentes⁴². Dessa forma, o positivismo começa a ser superado, dando espaço ao pós-positivismo.

Simultaneamente à constatação de que o ordenamento jurídico poderia ser um instrumento de opressão e violação a direitos, outro fenômeno vem contribuir para a derrubada do mito da lei: a constitucionalização do Direito.

Como dito acima, a constitucionalização do Direito e a filtragem constitucional vêm consagrar a supremacia da Constituição, a aplicabilidade direta das normas constitucionais e, ademais, prestigiar a interpretação das normas conforme a Lei Maior.

Assim, se a lei, em sua natureza formal, foi perdendo seu caráter de necessária identificação com uma noção de Justiça, os valores consagrados pela Constituição passaram a gozar de *status* fundante de todo o ordenamento, tendo os princípios nela insculpidos como verdadeiro norte de todos os aplicadores do Direito.

Ademais, importante destacar que o decorrer do século XX revelou a relatividade da lei enquanto expressão da vontade geral, por uma série de motivos. Em primeiro lugar, a lei passou a significar, muito freqüentemente, a vontade do grupo dominante no Parlamento, e não a síntese da vontade da coletividade.

Outro fator que vem alterar a legalidade administrativa é, indubitavelmente, a complexidade da vida moderna e a diversificação da atuação do Estado⁴³. Diante da evolução do Estado contemporâneo, que atua subsidiariamente à liberdade empresarial e tem cada vez mais atribuições no âmbito social e no das políticas públicas, parece evidente que a Administração Pública não pode se manter dependente da edição de uma lei. O processo legislativo tem como característica sua lentidão⁴⁴, o que, por um lado, é salutar, ao propiciar a discussão entre os representantes do povo, mas, de outro lado, é extremamente prejudicial, uma vez que os cidadãos ficam à espera de leis que podem vir a ser editadas somente após muitos anos de debate no Congresso Nacional.

Diante desse quadro, o princípio da legalidade, da forma como idealizado quando do advento do Estado liberal de Direito, não satisfaz as necessidades do Estado contemporâneo. É preciso, portanto, interpretá-lo dentro da atual sistemática constitucional⁴⁵, a fim de conferir-lhe novos contornos que permitam uma atuação mais

⁴² "É que reconhece-se hoje não se poder aceitar, sem mais, o postulado da equiparação entre a lei, enquanto prescrição de um pacto político teleológico-concretamente interessado, e o direito, enquanto intenção de validade normativamente universal, ou, pelo menos, que o indispensável equilíbrio entre eles não vá garantido a priori" (VAZ, Manuel Afonso. Lei e reserva da lei: a causa da lei na Constituição portuguesa de 1976. Porto, 1992, p. 166).

⁴³ BAPTISTA, Patrícia Ferreira, Transformações do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 99.

⁴⁴ No que concerne ao vagar do processo legislativo, o grande exemplo que se pode elencar é a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o Código Civil, que precisou de mais de vinte anos, desde a propositura do projeto de lei, para ser aprovado.

⁴⁵ Nas palavras de Luís Roberto Barroso, "toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um" in Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. In: Temas de direito constitucional. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 5

expressiva da Administração, em nome do cumprimento dos interesses públicos da coletividade.

Dessa forma, faz-se necessário atualizá-lo à luz da Constituição vigente, dos modernos fenômenos da hermenêutica constitucional e das necessidades da coletividade, conferindo aos dispositivos constitucionais que regulam a atuação da Administração Pública uma interpretação sistemática adequada⁴⁶.

Partindo da premissa de que é impossível ao Poder Legislativo prever todas as hipóteses de atuação do Executivo, passamos a analisar as possibilidades de modificação dos contornos tradicionais da legalidade, de modo a estabelecer seus limites no Estado contemporâneo.

Na doutrina, a legalidade administrativa começou a ser abrandada, em função da atividade prestada pela Administração, passando-se a tradicionalmente a distingui-la entre Administração agressiva ou autoritária, e Administração prestadora.

Maria João Estorninho sintetiza a questão em duas correntes. Para a primeira, liderada por Wolff, há que se fazer uma interpretação histórica da reserva de lei. A atribuição de competência exclusiva ao Legislativo para disciplinar certas matérias foi concebida para evitar autoritarismos da Administração em suas atividades "agressivas", isto é, de restrições a direitos. Por outro lado, nas atividades prestacionais, que surgiram destacadamente em período muito posterior à elaboração conceitual da legalidade e seus elementos, por se tratar da atribuição de vantagens aos particulares, bastaria a legalidade negativa, pois não poderiam os indivíduos pleitear direitos contra a Administração⁴⁷.

Respondendo à primeira posição, Jesch⁴⁸, acompanhado de Diogo Freitas do Amaral⁴⁹ e da própria Maria João Estorninho⁵⁰, sustenta que o princípio da legalidade administrativa engloba a Administração em todas as suas realizações, sejam agressivas ou prestacionais. Para esses autores, a lei continua a ser a fonte que estabelecerá os critérios necessários à atuação da Administração Pública.

Ao nosso sentir, a formulação de Wolff⁵¹ não se sustenta atualmente, tendo em vista que a Administração de prestações possui potencialidade para causar danos a direitos dos administrados, ainda que estes não venham a ocorrer. Nessa esteira, vale lembrar que o Executivo assumiu no último século as mais variadas tarefas prestacionais, o que gera uma possibilidade muito maior de violação a direitos.

Ademais, no que concerne à existência de "direitos", o Direito passou por tamanha evolução, que hoje inúmeras prestações advindas da Administração são consideradas pertencentes ao *status positivus socialis*, ao passo que algumas delas integram o *sta-*

⁴⁶ No Direito português, Fernando Suordem já efetuara tal constatação: "A revisão do princípio da legalidade decorre da incontornável constatação de que as construções tradicionais estão claudicantes no contexto da atual sociedade de massas em que, muito mais que noutras épocas, se impõe garantir uma defesa do particular ('dum particular que sempre e sempre reclama um aumento das prestações públicas e acrescenta sua dependência material. Mas que não quer deixar de ser tratado como pessoa', Rogério Soares) tornando premente a questão de encontrar, num Estado que abandonou há muito a dimensão liberal, uma fórmula que realize ainda as intenções da garantia da liberdade da pessoa". (Reprodução fiel do original. SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. O princípio da separação dos poderes e os novos movimentos sociais. - A Administração Pública no Estado Moderno: entre as exigências de liberdade e organização. Coimbra: Almedina, 1995, p. 406)

⁴⁷ ESTORNINHO, Maria João, A fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999, p. 178.

⁴⁸ Apud ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 179.

⁴⁹ AMARAL, Diogo Freitas do. Princípio da legalidade. In: *Polis*, vol. 3. Lisboa: Verbo, 1985, pp. 990-992.

⁵⁰ ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 179.

⁵¹ Apud ESTORNINHO, Maria João. *Op. cit.*, p. 179.

tus positivus libertatis, isto é, são condições do exercício da liberdade, configurando inequivocamente direitos fundamentais⁵². Dessa forma, com relação a tais prestações, indubitável que a violação ao seu oferecimento adequado permite sua sindicabilidade pelos indivíduos titulares do direito violado.

Diante de tais objeções, construam-se, ainda, teorias intermediárias, sustentando, entre outras posições, a extensão da reserva de lei para a Administração prestadora apenas com relação às prestações necessárias à existência do indivíduo, ou ainda, somente para os atos em que a Administração exerça sua potestade pública, ainda que não configurem atos administrativos⁵³.

Na Alemanha da década de 70, como alternativa à reserva total de lei, também surgiu a teoria da essencialidade da lei – a *Wesentlichkeitstheorie* – que, como uma variante da posição de Jesch, sustenta uma reserva de lei não integral, mas apenas do essencial⁵⁴, assemelhando-se à reserva relativa de lei, tratada anteriormente.

A teoria da essencialidade pode ser sintetizada em dois pontos principais. De acordo com tal teoria, como o próprio nome sugere, o papel da lei seria apenas de regular os pontos essenciais da matéria, ficando todas as demais questões a cargo de outras fontes normativas.

Como ressalta Clarissa Sampaio Silva, a essencialidade não possui um conteúdo pré-determinado, que possa ser utilizado como uma regra imutável; ao contrário, modifica-se ao longo do tempo. No entanto, algumas questões podem ser tidas *a priori* como essenciais numa coletividade. Assim o é com aquelas que porventura gerem efeitos à liberdade e à vida, seja oferecendo restrições a esses direitos, seja lhes conferindo vantagens, bem como as referentes a colisões de direitos fundamentais, uma vez que se cuida de restrições a direitos inerentes à existência humana. Trata-se de matérias que, dada a sua essencialidade, necessariamente devem ser reguladas por lei. Além disso, as questões de eminente teor político, por se tratar de decisões primordiais da comunidade, também estariam sujeitas à reserva total de lei⁵⁵.

Para a teoria da essencialidade, a reserva de lei se torna uma questão de grau, variável em razão da importância axiológica da matéria disciplinada, isto é, o grau de valia do bem em jogo irá determinar a intensidade da reserva de lei⁵⁶.

Juarez Freitas também procura fornecer uma nova proposta para a legalidade administrativa, sustentando que a Administração sempre estará sujeita à lei. No entanto, quando se tratar da possibilidade de restringir ou prejudicar direitos, a Administração deve sujeitar-se a uma legalidade positiva, ao passo que quando a Administração estiver apenas conferindo prestações àqueles por ela tutelados, ou praticando atos de caráter

privado, estará limitada de forma mais tênue, pela legalidade em sua modalidade negativa⁵⁷.

Charles Eisenmann enumera quatro formas de expressão da legalidade administrativa. Pela primeira, a legalidade significaria a atuação sem violação a normas legais, isto é, a mera não-contrariedade a uma lei. A segunda concepção entende que a legalidade se satisfaria com a mera atribuição de competência. Assim, basta que uma norma superior autorize ou habilite a ação ou omissão, mesmo que não entre nos pormenores do conteúdo dos atos a serem praticados. Pela terceira forma de expressão da legalidade, a Administração somente pode emitir atos baseados em norma legal que predetermine seu conteúdo. Finalmente, a última expressão da legalidade, segundo a qual a Administração fica vinculada a normas legais que esgotem o conteúdo dos atos e imponham a prática do ato, numa total vinculação⁵⁸.

Para Alexandre Aragão⁵⁹, a primeira e a quarta visões são inviáveis. A primeira, porque igualaria a liberdade de atuação da Administração à dos particulares, o que reduziria a esfera de autonomia dos indivíduos em caso de choque com ato administrativo, em razão da imperatividade destes. A quarta, porque vedaria qualquer apreciação própria por parte da Administração, a quem caberia, em virtude de tal concepção da legalidade, apenas executar a lei.

Assim, restariam a segunda e a terceira concepções, esta última impedindo a criação de direitos e obrigações pela Administração e aquela primeira permitindo a existência de leis meramente atributivas de competência. Para Aragão, a atividade administrativa, como veremos adiante, sempre importará o preenchimento de espaços normativos vazios, em razão do que a segunda concepção seria a mais adequada ao período pós-positivista em que vivemos. Isso porque essa forma de expressão do princípio da legalidade permite a criação de direitos e obrigações por parte da Administração com fulcro simplesmente em norma constitucional ou legal que não proíba o exercício de sua competência ou defina alguns *standards* de conduta⁶⁰.

Odete Medauar, adotando a segunda concepção de Eisenmann, vislumbra gradações distintas na legalidade: é possível admitir a obediência à legalidade desde a mera atribuição de competência, até a limitação legal ao conteúdo da atuação administrativa⁶¹.

No panorama atual brasileiro, é incontroverso que a legalidade administrativa não é, nem pode ser, apenas a submissão estrita da Administração às prescrições da lei, sob

⁵² Nesse sentido, vale destacar que a classificação dos direitos fundamentais ora mencionada vem da obra de Georg Jellinek, sendo analisada por diversos estudiosos de direitos fundamentais no Direito brasileiro. Por todos, vale conferir o trabalho de Ricardo Lobo Torres (A cidadania multidimensional na era dos direitos, In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 2001, pp. 243-342), em que o autor sustenta que os direitos fundamentais ligados ao mínimo existencial se enquadram no *status positivus libertatis*.

⁵³ ESTORNINHO, Maria João. A fuga..., *ob. cit.*, p. 182.

⁵⁴ SILVA, Clarissa Sampaio. Legalidade e regulação. Belo Horizonte: Fórum, 2005, pp. 55-56.

⁵⁵ SILVA, Clarissa Sampaio. *Ob. cit.*, p. 56.

⁵⁶ Nesse sentido, Maria João Estorninho (A fuga..., *ob. cit.*, p. 185) também se manifesta: "No entanto, também é verdade que, consoante as matérias, que estão em causa, a 'intensidade' da subordinação da Administração à lei, havendo como que uma 'elasticidade do vínculo de subordinação', que permite que, por vezes, a lei apenas enuncie princípios gerais e, noutros casos, desça ao pormenor".

⁵⁷ FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. São Paulo: Malheiros, 4ª ed., 2004, pp. 268-269: "Parece melhor dizer que, no sistema democrático, a Administração deve estar vinculada positivamente ao limitar ou prejudicar direitos, como no exercício da polícia administrativa, mas semelhante assertiva deve ser entendida de modo nuanceado e com temperamentos, porquanto se se tratar de ação de cunho prestacional ou se a Administração estiver agindo de acordo com regras de Direito Privado, a vinculação haverá de ser negativa".

⁵⁸ EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administratif*, t.I. Paris: LGDJ, 1982, pp. 462-472.

⁵⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. In: Boletim de Direito Administrativo nº 7. São Paulo: NDJ, pp. 768-777, julho/2004, pp. 768-775.

⁶⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção..., *ob. cit.*, pp. 768-775. Vale conferir a posição do autor: "Propugnamos, portanto, por uma superação da separação rígida entre as duas versões extremas de conformidade legal, sustentando que o mínimo de densidade normativa que as leis devem possuir para atribuir poderes à Administração Pública consiste em habilitações normativas calçadas em princípios e valores".

⁶¹ "O segundo significado exprime a exigência de que a Administração tenha habilitação legal para adotar atos e medidas; desse modo, a Administração poderá justificar cada uma de suas decisões por uma disposição legal; exige-se base legal no exercício dos seus poderes. Esta é a fórmula mais consentânea à maior parte das atividades da Administração brasileira, prevalecendo de modo geral. No entanto, o significado contém gradações; a habilitação legal, por vezes, é somente norma de competência, isto é, norma que atribui poderes para adotar determinadas medidas, ficando a autoridade com certa margem de escolha no tocante à substância da medida; por vezes, a base legal expressa um vínculo estrito do conteúdo do ato ao conteúdo da norma ou às hipóteses aí arroladas.

pena de a Administração contemporânea ficar atravancada, em razão de eventual ausência de normatização pelo Legislativo. Hoje, a Constituição permite e impõe ao administrador que não fique ao aguardo de uma lei, para que então aja em defesa das previsões constitucionais.

A constitucionalização do Direito, acompanhada da força normativa da Constituição, permitem e impulsionam o administrador a tornar efetivas as normas constitucionais em sua maior dimensão possível. Vê-se, portanto, uma mutação do princípio da legalidade administrativa no Direito Administrativo pátrio, que passou a se constituir num princípio de juridicidade⁶², ou de constitucionalidade⁶³: a Administração deixa de ser vinculada exclusiva e necessariamente à existência prévia de lei, e passa a se pautar no direito como um todo, e, em especial na Constituição. A vinculação dos atos administrativos não se faz mais com relação exclusivamente à lei, mas à Constituição e demais normas do ordenamento, gerando, outrossim, um novo parâmetro de vinculação do administrador.

Por isso, o administrador não só tem o poder, mas o dever de agir, ainda que não exista lei prévia a regular sua conduta, de modo a promover os objetivos fundamentais da República ou outro valor constitucional, ou tornar real uma disposição constitucional⁶⁴.

Ademais, o Executivo poderá normatizar situação de modo a proporcionar a satisfação de um dos diversos interesses públicos constitucionais existentes, estando habilitado a tanto pelas próprias normas constitucionais que ensejem tal interesse público. O que

não é permitido ao administrador, nessa hipótese, é violar qualquer norma do ordenamento como um todo, devendo balizar sua conduta pelos valores da Constituição.

Nesse sentido, como lembra Gustavo Binbenojm, a Constituição acaba por se tornar norma diretamente habilitadora das competências administrativas, pois permite a atuação direta do administrador público, através de novos parâmetros previstos imediatamente na Lei Fundamental.

Além disso, a Lei Maior passa a ser efetivamente tida como critério de decisão para o administrador público, isto é, as diretrizes constitucionais irão servir como razões para a Administração decidir condutas a tomar. Constata-se, com isso, uma redução na discricionariedade deixada ao administrador, que deve disciplinar sua conduta segundo as normas constitucionais.⁶⁵

A juridicidade que vem tentando se firmar em terras pátrias é fortemente sustentada em países da Europa, onde vem prevista em dispositivos constitucionais. Com efeito, apenas para exemplificar, a Constituição espanhola, em seu artigo 103⁶⁶, subordina a Administração Pública não apenas à lei, mas também ao Direito.

Também na América do Sul já se encontra consagrada a juridicidade, como uma evolução do princípio da legalidade. No Direito argentino, Guillermo Andrés Muñoz já anota os novos contornos da relação legalidade-poder regulamentar:

A Administração conta com facultades normativas próprias, e o uso sistemático desse poder acabou por determinar que o princípio da legalidade não se funde como uma submissão da Administração ao Congresso, isto é, à lei formal, mas como uma questão de vinculação ao ordenamento jurídico, ao bloco de legalidade (Hauriou), ou ao princípio da juridicidade (Merkel)⁶⁷.

Em primeiro lugar, há que se notar que a juridicidade possui um reflexo importantíssimo, sobretudo no que concerne aos direitos fundamentais, já que, apesar de não existir uma hierarquia entre as normas constitucionais, é indubitável que aqueles possuem uma primazia axiológica com relação às demais normas da Lei Maior.

O art. 37, *caput*, da Constituição Federal, prevê que a legalidade é princípio constitucional norteador da Administração Pública, o qual tradicionalmente é definido, no Brasil, como a necessidade de que haja diploma legal regulando a atuação do administrador, para que possa este agir legitimamente. A concepção da legalidade delineada pela eficácia do princípio do Estado de Direito material permite, contudo, um novo agir ao administrador público, admitindo, então, que ele atue em prol da efetivação

Em geral, nas medidas de repercussão mais forte nos direitos dos cidadãos, há vinculação mais estrita da medida administrativa ao conteúdo da norma" (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 9ª ed., 2005, pp. 143-144).

⁶² A expressão juridicidade, como uma mutação do princípio da legalidade, vem sendo utilizada por outros autores, tanto no direito pátrio, como no direito lusitano. Nesse sentido, no direito português: OTERO, Paulo. *Legalidade...*, *ob. cit.*; ESTORNINHO, Maria João. *A fuga...*, *ob. cit.*. Essa última autora relata uma tendência em Portugal em sustentar a juridicidade, em lugar da legalidade. "Nesse aspecto, a alteração fundamental verifica-se quando 'o direito deixa de ser um mero limite ou, de todo o modo, um pressuposto-condição do poder administrativo, para se tornar no pressuposto-fundamento da sua autoridade e da validade dos seus atos'". No Brasil, Carmen Lúcia Antunes Rocha (*Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 81 e ss) não amplia a juridicidade administrativa a um patamar negativo – ou seja, de limite, e não de condição –, a permitir algum tipo de atuação do administrador, ainda que não haja lei expressa: o administrador deve concretizar as normas expressas no ordenamento. André Rodrigues Cyrino (*O poder regulamentar autônomo do presidente da república: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 46) também sustenta a juridicidade como uma nova vinculação positiva do administrador: "A Administração Pública não está sujeita tão somente à lei formal, mas a todo o Direito, que não se resume à lei, mas consiste em um conjunto de valores, princípios e regras explícitos ou implícitos na ordem jurídica como um todo, notadamente na Constituição".

⁶³ FREITAS, Juarez. *A interpretação...*, *ob. cit.*, pp. 267-268: "Embora eminente e diferenciado de forma qualitativa, o princípio da constitucionalidade representa o coroamento do processo evolutivo da legalidade, indicando ao intérprete esclarecido o imperativo de ascender da lei para o todo, que é o Direito, e vice-versa, num processo circular e dialético que caracteriza a compreensão sistemática em sua riqueza de alternativas, longe do passivismo ingênuo. (...) A subordinação ao Direito significa que o ato administrativo lato sensu deve estar em conformidade com a lei e, acima disso, com o plexo de princípios fundamentais. Sendo assim, pode-se apresentar razoável solução para o tema da vinculação legal".

⁶⁴ Confira-se, nesse sentido, texto de Luís Roberto Barroso, em que o autor também chega à mesma conclusão, a partir da constitucionalização do Direito Administrativo: "Supera-se, aqui, a idéia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário" (*Neonconstitucionalismo...*, *ob. cit.*, p. 18).

⁶⁵ Vale transcrever o trecho da bela obra: "A reserva vertical de lei foi substituída por uma reserva vertical de Constituição. A Constituição para passa a figurar como norma diretamente habilitadora da atuação administrativa, havendo uma verdadeira 'osmose entre a Constituição e a lei'. Pode-se, assim, dizer, com Canotilho, que se abre caminho para 'uma legalidade sem lei'. Com efeito, como já explicitado no Capítulo II, a Constituição se presta (i) não só como norma direta e imediatamente habilitadora de competências administrativas, como também (ii) serve de critério imediato de decisão administrativa". (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 131-132).

⁶⁶ "Art. 103. A Administração Pública serve com objetividade aos interesses gerais e atua consoante os princípios da eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, com submissão plena à lei e ao Direito".

⁶⁷ "La Administración cuenta con facultades normativas propias, y el uso sistemático de ese poder ha concluido por determinar que el principio de legalidad no se plantea ya en términos de sujeción de la Administración al Congreso, esto es, a la ley formal, sino como una cuestión de vinculación al ordenamiento jurídico, al bloque de legalidad (Hauriou), o al principio de juridicidad (Merkel)" MUÑOZ, Guillermo Andrés. *Derecho de propiedad, urbanismo y principio de legalidad*. In: *Revista de Direito Público* nº 90. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr/jun 1989, p. 13.

de interesses públicos ainda que não exista lei os regulando, pautando-se especialmente nos demais princípios constitucionais da Administração – princípios da moralidade, eficiência, impessoalidade e publicidade –, também enumerados no *caput* do art. 37 da Constituição.

O neoconstitucionalismo confere aos princípios uma eficácia direta e, por isso, a legalidade não pode ser um fim em si mesmo, deixando-se de lado os demais princípios constitucionais da Administração Pública. Os demais princípios elencados no art. 37 também possuem igual eficácia, que deve, portanto, ser buscada por todos os operadores do Direito e, em especial, pela própria Administração.⁶⁸

No momento em que vier a ser editada lei disciplinando a atuação do Poder Público com relação a determinada questão, este deverá agir de acordo com a disposição legal,

em razão da precedência de lei, mas enquanto não surgir a norma legal, não pode o administrador se eximir de atuar em prol da realização dos direitos constitucionalmente consagrados, com fulcro num óbice da legalidade, sob pena de violação do princípio do Estado de Direito. Até a edição de lei, portanto, o paradigma para a atuação do Poder Público será a Constituição, que estará se encarregando de limitar a atuação estatal, promovendo-se, dessa forma, os fins pretendidos pelo princípio do Estado de Direito e sem retirar a autoridade do Poder Legislativo.

Note-se que não estará ocorrendo violação ao princípio da separação dos Poderes, pois o conceito desse princípio, tal qual o Estado de Direito, possui uma conotação histórica e localizada, isto é, dependerá da conformação dada pela Constituição de cada país à divisão dos Poderes estatais, sendo irreal transportar-se para os dias de hoje a separação de Poderes idealizada por Montesquieu. A separação de Poderes, enquanto princípio, possui como estado de coisas a ser atingido o equilíbrio entre os Poderes estatais, sem que haja uma fórmula única para atingir a finalidade do referido princípio.

Nesse sentido, no que tange à atuação criativa dos Poderes Judiciário e Executivo em prol da efetividade das normas constitucionais, seria um verdadeiro contra-senso permitir que o Poder Judiciário, no caso concreto, efetive determinada norma programática sem que haja regulação legislativa, mas não admitir que a Administração o faça, sob o argumento de violação à separação dos Poderes. Ao contrário, o ativismo do Poder Executivo não retira qualquer competência dos Poderes Legislativo e Judiciário, que mantêm suas atribuições ílesas.⁶⁹

Confira-se a operacionalidade da presente proposta, sendo certo que o próprio princípio do Estado de Direito atuará na ordenação desse eventual conflito entre legalidade e direitos fundamentais, ou outro interesse constitucionalmente consagrado. Por exemplo, a Constituição, em seu art. 196, consagra o direito à saúde no Brasil, estabelecendo que este será garantido mediante políticas sociais e econômicas. A dicção do dispositivo leva à sustentação por muitos de que se trataria de mera norma programática, que necessitaria de norma legal que melhor definisse sua aplicação.⁷⁰

Em virtude do princípio do Estado de Direito e de sua eficácia de ordenação dos elementos que o compõem, é possível permitir a atuação do administrador independentemente de lei que regulamente o direito à saúde – e.g., para normatizar uma política de concessão de medicamentos ainda que não haja lei definidora de tal política, até que sobrevenha diploma legal dispendo sobre a dita concessão. Retira-se, assim, um óbice para a efetivação desse direito, por meio da aplicação de um princípio expressamente previsto na Lei Maior, revelando sua eficácia autônoma.

Da mesma forma, se a Constituição prevê, em seu art. 6º, o direito à moradia, parece evidente que não pode o administrador ficar aguardando a edição de lei que preveja como será garantido o direito à moradia, para somente então definir a política pública a assumir com relação a esse direito. Em razão da força normativa das normas

⁶⁸ “Sucede então que a doutrina se vem dando conta de que a dimensão jurídica da Administração pública não termina nas fronteiras desta legalidade formal, perfilhando-se a idéia duma Administração como um instrumento dum Estado de Direito a impor que a Administração Pública não seja considerada apenas como objeto, mas também como sujeito da idéia de direito – e que, nesta nova dimensão de sujeito (da idéia de Direito), porque instrumento dum Estado de Direito, se dá conta da sua subordinação a princípios jurídicos fundamentais, com o resultado de, não só obter uma ligação da Administração Pública ao Direito mais profunda do que poderia conseguir-se com a intensificação da legalidade formal, mas também se produzir um aumento da garantia para o particular” (SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. Op. cit., pp. 420-421).

⁷⁰ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

constitucionais, a Administração Pública tem, de fato, o dever de promover desde logo políticas que efetivem esse direito, inclusive adotando medidas de caráter normativo, sem aguardar a edição de uma lei que regulamente a promoção do referido direito. Com efeito, se estivéssemos diante de uma balança de ponderação, nessa hipótese certamente a efetividade das normas constitucionais teria maior peso que a formalidade de edição prévia de norma jurídica pelo Legislativo.

3. Conclusões

O neoconstitucionalismo, como um conjunto de transformações ocorridas no âmbito do direito constitucional contemporâneo, inaugurou nova fase na interpretação não só desse ramo do Direito, mas também de todos os demais ramos. A filtragem constitucional, aliada à ascensão da normatividade dos princípios, permite uma releitura das normas que regem a ação estatal em geral, e o princípio da legalidade em especial.

Nesse sentido, a legalidade administrativa representa hoje não mais a mera vinculação do administrador à lei, mas sim ao ordenamento jurídico como um todo e, em especial, à Constituição. De mera condição, a Constituição deve ser vista também como limite à atuação do administrador, gerando suas normas um poder-dever de implementação à Administração. Assim, a legalidade administrativa pode ser tratada como juridicidade.

Diante disso, pode-se afirmar que a Administração pode atuar, ainda que na ausência de lei, para a implementação de certos interesses constitucionalmente consagrados e dos direitos fundamentais, haja vista a importância destes na estrutura constitucional, apresentando os últimos autêntica superioridade axiológica em relação às demais normas do ordenamento jurídico.

A ação estatal consoante diretamente as diretrizes constitucionais tem em vista conferir a maior efetividade possível às normas constitucionais e, ao mesmo tempo, permite ao administrador uma missão consentânea com as expectativas da coletividade. Dessa forma, tem-se, de um lado, a busca da maior satisfação possível dos direitos e garantias constitucionais, sem que, de outro lado, haja violação às diretrizes basilares da Administração Pública.

Não há, porém, violação ao conteúdo do princípio da juridicidade, haja vista que, caso seja editada lei cuidando do assunto, esta terá preponderância à normatização administrativa, em nome da precedência de lei.

4. Referências

AMARAL, Diogo Freitas do. Princípio da legalidade. In: *Polis*, vol. 3. Lisboa: Verbo, 1985.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Legalidade e regulamentos administrativos no Direito contemporâneo (uma análise doutrinária e jurisprudencial). In: *Revista Forense* nº 368, jul/ago 2003.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 2004.

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

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2003.

_____. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 6ª ed., 2002.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Mimeo, 2005.

_____. Temas de direito constitucional. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos. Coimbra: Almedina, 1987.

CYRINO, André Rodrigues. O poder regulamentar autônomo do presidente da república: a espécie regulamentar criada pela EC nº 32/2001. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administratif*, t.I. Paris: LGDJ, 1982.

ESTORNINHO, Maria João. A fuga para o direito privado. Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1999.

FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. São Paulo: Malheiros, 4ª ed., 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. As agências reguladoras. O Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativa. São Paulo: Malheiros, 2005.

HESSE, Konrad. *Constitución y derecho constitucional*. In: Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. Manual de derecho constitucional, 1996

HESSE, Konrad. *La fuerza normativa de la Constitución*. In: Escritos de Derecho Constitucional, 1983.

LASSALLE, Ferdinand. O que é uma Constituição? Trad. de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitucion*. Trad. y estudio sobre la obra por A. Gallego Anabitarte. 2.ed. Barcelona, Ariel, 1976.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 9ª ed., 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 17ª ed., 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 14ª ed., 2005.

MUÑOZ, Guillermo Andrés. Derecho de propiedad, urbanismo y principio de legalidad. In: Revista de Direito Público nº 90. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr/jun 1989.

OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Clarissa Sampaio. *Legalidade e regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 6ª ed., 2003.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 17ª ed., 2000.

SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O princípio da separação dos poderes e os novos movimentos sociais*. – *A Administração Pública no Estado Moderno: entre as exigências de liberdade e organização*. Coimbra: Almedina, 1995.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 2001.

VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva da lei: a causa da lei na Constituição portuguesa de 1976*. Porto, 1992.

APÓS-EFICÁCIA DAS OBRIGAÇÕES REVISITADA

Maurício Mota*

Sumário: Introdução. I - Os princípios sociais do Código Civil – II - A obrigação no sentido moderno e o surgimento da noção de pós-eficácia das obrigações – III - A noção de relações pós-contratuais – IV - Fundamentos da pós-eficácia das obrigações – V - Distinção da pós-eficácia das obrigações das figuras jurídicas afins aproximadas – VI - A pós-eficácia das obrigações *stricto sensu* – VII - O regime jurídico da pós-eficácia das obrigações – VIII - Conclusão – IX - Referências.

Introdução

A pós-eficácia das obrigações é um dos temas intrincados do direito civil. Já no ano 2000 enfrentamos a matéria¹, procurando naquela época balizar alguns contornos do instituto, como o âmbito e a natureza jurídica da pós-eficácia das obrigações, sua distinção em relação a outras situações jurídicas análogas, sua fundamentação dogmática e ressaltar, sobretudo, que, no Brasil, pioneiramente, em 1914, o Supremo Tribunal Federal já discutia a pós-eficácia da obrigação de cessão de clientela na compra e venda de estabelecimento comercial².

Com o advento do Código Civil de 2002 e a positivação dos princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social dos contratos, é o momento de revisitar o tema, verificando sua transformação à luz dos novos paradigmas da eticidade, da operabilidade e da socialidade³ introduzidos pelo Código e, principalmente, tendo em vista o vasto labor doutrinário e jurisprudencial realizado no direito civil para adequá-lo aos princípios da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana insculpidos na Constituição da República.

Buscou-se ao longo do texto construir um referencial teórico-dogmático da pós-eficácia das obrigações, acentuando o papel primordial desempenhado no ordenamento civil pelos novos princípios sociais dos contratos: a função social dos contratos, o princípio da boa-fé objetiva e o princípio do equilíbrio contratual. Esses princípios implicam na substancialização dos direitos e, assim, impõem uma nova consideração da eficácia das obrigações após a extinção do contrato.

A seguir se esboça a transformação da idéia de obrigação, com a compreensão de sua nova perspectiva totalizante, a existência de deveres laterais de conduta exigíveis além da obrigação principal e o surgimento da noção de violação positiva do contrato

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito Civil pela UERJ. Professor da UERJ (graduação e pós-graduação).

¹ MOTA, Maurício. A pós-eficácia das obrigações. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 187-241.

² Ver em: BARBOSA, Rui. *As cessões de clientela e a interdição de concorrência nas alienações de estabelecimentos comerciais e industriais*. Obras Completas de Rui Barbosa. Vol. XL. Tomo I. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1948 e MENDONÇA, Joaquim Xavier Carvalho de. *Apelação nº 2183. Memorial da Apelante ao Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Liga Marítima Brasileira, 1912.

³ MARTINS-COSTA, Judith & BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 131.