

LEGITIMIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA DECLARAR INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI*

Lucas Hayne Dantas Barreto**

RESUMO: O artigo aborda a viabilidade da declaração de inconstitucionalidade de lei por ato da Administração Pública, à luz da vertente neoconstitucionalista. Com esse intuito, principia por tratar o princípio da legalidade, identificando o seu ocaso e paulatina substituição pelo conceito de juridicidade. Discorre sobre os limites da competência da Administração para declarar a inconstitucionalidade de lei, a qual não possui a mesma extensão que a do Judiciário. Analisa ainda a natureza jurídica da eficiência, relacionando seu viés econômico ao ideal de justiça, a fim de erigi-la a fundamento necessário do processo de motivação racional da decisão administrativa que conclui pela inconstitucionalidade de lei, o que contribui para o resgate do ideal de justiça inerente ao Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Declaração de Inconstitucionalidade. Administração Pública. Legalidade. Eficiência. Justiça.

Introdução

Hodiernamente, é inegável que a Administração não pode mais ser considerada um autômato aplicador de prescrições legais, numa concepção estiolada do princípio da legalidade estrita, que cada vez mais cede lugar ao princípio da juridicidade administrativa. A atuação da Administração Pública, assim, não se circunscreve mais apenas à lei formal, mas ao ordenamento jurídico como um todo sistêmico.

Tal princípio é permeável, assim, aos postulados do neoconstitucionalismo, admitindo-se como fundamento e limite da Administração, principalmente, a Constituição, em seu complexo de regras e princípios, tida como o núcleo unificador de todo o ordenamento jurídico. Nesse quadro, considerados os postulados do neoconstitucionalismo, sobretudo os da supremacia da Constituição e da normatividade dos princípios, investigar-se-á o real papel da legalidade nos dias de hoje e sua superação pela chamada juridicidade, a fim de apurar a viabilidade de a declaração de inconstitucionalidade de lei ser procedida por ato da própria Administração Pública, bem como a influência da máxima da eficiência nesse contexto.

Com este propósito, o artigo se constituirá desta introdução mais cinco partes, além da conclusão. A primeira será centrada na análise do princípio da legalidade, envolvendo sinteticamente sua evolução, desde suas origens até a sua crise e evolução para a juridicidade. Na segunda, terá lugar a legitimidade da própria Administração Pública para declarar a inconstitucionalidade de leis, abordando-se os seus fundamentos

* Enviado em 12/4, aprovado em 12/7, aceito em 3/8/2012.

** Professor de Direito Administrativo - Faculdade Ruy Barbosa; mestrando em Direito Público - Universidade Federal da Bahia; especialista em Direito do Estado - Unyahna/JusPodivm (Salvador/BA/Brasil); membro do Instituto de Direito Administrativo da Bahia. Salvador, Bahia, Brasil. E-mail: profLucashayne@gmail.com.

e os meios formais para fazê-lo. Em terceiro, virá à tona o sopesamento entre princípios - sobretudo o da legalidade, como pressuposto da declaração de inconstitucionalidade de lei pela Administração - e a necessidade de racionalidade desse procedimento. Na quarta, buscar-se-á na economia, a partir das ponderações da análise econômica do Direito, os subsídios necessários para a boa compreensão da eficiência. Em seguida, na seção quinta, abordar-se-á como a eficiência pode ser utilizada para legitimar a declaração de inconstitucionalidade de lei por ato da Administração, com o fim maior de assegurar a supremacia constitucional - advertindo para os riscos e a necessária cautela que se deve ter na compreensão dessa realidade - utilizando-se da análise de casos colhidos na jurisprudência pátria. Por fim, virá a conclusão, com uma síntese dos principais temas versados ao longo do texto.

1 O progressivo desprestígio da legalidade

O princípio da legalidade adveio nos albores do século XVIII, no bojo do movimento que se identifica por constitucionalismo. A pretensão maior desse princípio foi, como era típico do Estado liberal daquele momento, assegurar a liberdade, “contra tudo e contra todos, e principalmente [...] contra o Estado” (FERREIRA FILHO, 1977, p. 9). Nesse contexto, houve a preocupação de declarar - ou seja, reconhecer como já existentes - os direitos fundamentais do homem, bem como de disciplinar a atuação do governo por meio de leis estritas, no sentido de coordenar essa convivência em liberdade.

Uma das grandes expressões dessa ideia de liberdade está presente na clássica obra de Montesquieu, *O Espírito das Leis*, cuja preocupação foi encontrar uma fórmula que garantisse a maior liberdade possível aos cidadãos sem que o exercício dessa liberdade inviabilizasse a convivência em sociedade. Para Montesquieu, a liberdade deve ser entendida juridicamente como o direito de fazer o que as leis permitem, sendo as leis expressão da justiça.

No mesmo sentido, Rousseau, em *O Contrato Social*, define que o direito só existiria a partir de convenções, que são próprias de um corpo político, como resultado de um processo de discussão (ANDRIOLI, 2003, p. 1). Contudo, considera que, mediante tais convenções, jamais um povo poderia alienar toda a sua liberdade. “Renunciar à liberdade é renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, e até aos próprios deveres. [...] Tal renúncia é incompatível com a natureza do homem, e subtrair toda liberdade a sua vontade é subtrair toda moralidade a suas ações” (ROUSSEAU, 1996, p. 15).

O grande diferencial da teoria de Rousseau em face dos demais contratualistas é a exigência da participação direta do povo na elaboração do ato legislativo (ANDRIOLI, 2003, p. 1). Nesse diapasão, é a lei, como expressão da vontade geral - e, como tal, da justiça - que dá movimento e vontade ao corpo político, este criado a partir do contrato social. O homem somente conservaria sua liberdade ao submeter-se à lei se esta fosse expressão de sua própria criação.

Montesquieu e Rousseau podem ser considerados, pois, entre aqueles que pretendem que as liberdades devam ser limitadas pela lei, a qual deve ser expressão da justiça (FERREIRA FILHO, 1977, p. 13).

No âmbito da tradicional teoria da separação de poderes, o parlamento gozava, como corolário das ideias acima, de superioridade perante os demais poderes estatais. Tratava-se do único poder confiado à representação do povo (FERREIRA FILHO, 1977, p. 14), único legitimado a identificar os ideais de justiça a serem cristalizados na legislação. À Administração, assim, caberia apenas executar, realizar o direito. Daí que, no curso do século XIX, sobretudo na França, a lei foi tomada por pressuposto da atuação administrativa, e não como mero limite. Tal ideiação é corrente no Brasil, sendo a legalidade compreendida como vinculação positiva à lei.

Entretanto, atualmente, é inegável o reconhecimento da fratura da noção clássica da legalidade. Diversas são suas causas, as quais serão adiante analisadas.

1.1 O ocaso da lei formal como fundamento exclusivo da atuação administrativa

Várias são as razões apontadas para a desvalorização da legalidade estrita da Administração Pública. Dentre elas, pode ser apontada a dessacralização da lei promovida pelo ideário positivista, o qual pugnava pela absoluta separação entre o direito e a moral, entre a lei e a justiça - válida seria a lei que observasse o procedimento previsto para sua produção. Desvinculado da moral, o positivismo foi utilizado para tentar legitimar regimes como o fascista e nazista, que alegadamente chegaram ao poder dentro do quadro de legalidade então vigente (BARROSO, 2002, p. 2), o que demonstra que a própria lei pode ser veículo de injustiças (BINENBOJM, 2006, p. 129). Como a legalidade repousava, em sua origem, exatamente na noção de justiça, a perda desse senso resultou na perda da aura de superioridade moral que a lei havia incorporado com a revolução francesa (BAPTISTA, 2003, p. 98-99).

Ademais, a base política da legalidade contribui para o seu descrédito. A "vontade geral" nada mais é do que a expressão de uma maioria parlamentar mutável, formada em torno de conflitos de interesses decorrentes de vantagens a serem trazidas pela lei para determinados grupos, solapando sua ideia de estabilidade e segurança (FERREIRA FILHO, 1977, p. 16).

Outra causa apontada é a "inflação legislativa", decorrente do mito positivista da completude do ordenamento jurídico. A crença de que a lei tudo deveria regular, somada com o aumento de funções do Estado em virtude do advento do Estado-providência, gerou uma banalização do fenômeno legislativo. Tal fenômeno gerou leis cada vez mais complexas e de difícil compreensão, esvaziando a esperança de estabilidade das relações sociais (BINENBOJM, 2006, p. 128).

Nesse sentido, a lei deixou de ser a expressão primeira da vontade geral, lugar que passou a ser assumido pela constituição no bojo do chamado neoconstitucionalismo. Enquanto sistema de princípios - expressão deontológica de valores -, a Constituição adquiriu forma normativa e passou a irradiar seus efeitos perante todo o ordenamento (BINENBOJM, 2006, p. 130).

Por outro lado, reconhecendo-se a insuficiência da lei para fazer frente a tais novas demandas sociais - sobretudo em razão da lentidão do processo legislativo,

incompatível com a dinâmica do mundo atual - tornam-se cada vez maiores as delegações legislativas à Administração (BAPTISTA, 2003, p. 101-102), a exemplo da lei delegada, medidas provisórias, iniciativas de projetos de lei reservadas ao Executivo, ou a atribuição de competências amplíssimas a entidades da Administração, por meio de lei. Carlos Ari Sundfeld registra com clareza essa visão:

É viável supor que o *legislador* possa fazer [...] o gerenciamento normativo da realidade? Seria míope imaginá-lo. Nem o modo de produção de normas que conhecemos - que fez nascer o Código Civil - nem o modelo tradicional de solução de conflitos - o do julgamento de ações pelo Judiciário - bastam nos novos tempos (SUNDFELD, 2002, p. 28-29).

Por tudo isso, a lei vem perdendo espaço como *medium* necessário entre a Constituição e a atividade administrativa. Ao revés, em diversas situações, é a própria lei que se contrapõe aos valores constitucionais, importando em uma atuação administrativa desquitada da Lei Maior e apartada do ideal de justiça. Tal conjuntura deixou um terreno fértil para a superação de uma compreensão estrita do princípio da legalidade, estruturando-se, em seu lugar, o princípio da juridicidade como fundamento da Administração.

1.2 A aurora da juridicidade como fundamento renovado da administração pública neoconstitucional

Consolidada a insuficiência da legalidade clássica - típica do Estado liberal - para reger estritamente a atividade administrativa, constatou-se um esvaziamento do papel da lei formal, tanto quantitativamente, ou seja, a diminuição da necessidade de prévia aprovação legal da ação administrativa, quanto qualitativamente, assim entendendo-se a falta de uma predeterminação completa dessa atuação (MORENO apud BAPTISTA, 2003, p. 107). Tal fenômeno reflete o advento de uma nova concepção de legalidade, não mais como uma vinculação positiva à lei, mas ao direito holisticamente considerado. Trata-se da evolução da legalidade à juridicidade.

Segundo o princípio da juridicidade administrativa, a atuação da Administração Pública não se circunscreve mais apenas à lei formal, mas ao ordenamento jurídico como um todo sistêmico (BINENBOJM, 2006, p. 142). Tal princípio é permeável, assim, aos postulados do neoconstitucionalismo, admitindo-se como fundamento e limite da Administração principalmente a Constituição, em seu complexo de regras e princípios, tida como o núcleo unificador de todo o ordenamento jurídico. Nas palavras de Binenbojm, "a superação do paradigma da legalidade administrativa só pode ocorrer com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade" (2006, p. 142).

O neoconstitucionalismo representa o ápice da evolução do Direito Constitucional, reafirmando sua supremacia em relação aos demais ramos do Direito, espraiando-lhes os seus efeitos. Tem-se aí o que se convencionou chamar de constitucionalização do Direito. Considerando, pois, que a Constituição é o *locus* privilegiado para o registro

dos direitos e garantias fundamentais, seus valores e sentido passam a impregnar todo o direito infraconstitucional, a condicionar a atuação do Estado, bem como a limitar as relações entre particulares. O Direito Administrativo não ficou imune a tais transformações, de modo que, hodiernamente, é inegável que não se pode mais tratá-lo de costas para a Constituição.

Com isso, tem-se que o mais importante aspecto desse fenômeno é a ligação direta da Administração Pública aos princípios constitucionais, vistos como núcleos de condensação de valores (BINENBOJM, 2006, p. 143). Tem-se, assim, um resgate das ideias originais do vergastado princípio da legalidade, qual seja, religar o fundamento da atividade administrativa aos ideais de justiça.

Como consequência relevante de tal ideação, reconhece-se que na Constituição repousam normas diretamente habilitadoras de competências administrativas, bem como que a norma magna serve de critério imediato de decisão administrativa (BINENBOJM, 2006, p. 31). São temas que tradicionalmente se defendia serem restritos à lei formal:

[...] o agir administrativo pode encontrar espeque e limite diretamente em regras ou princípios constitucionais, dos quais decorrerão, sem necessidade de *mediação* do legislador, ações ou omissões da Administração. Em outros casos, a lei será o fundamento básico do ato administrativo, mas outros princípios constitucionais, operando em juízos de ponderação com a legalidade, poderão *validar* condutas *para além* ou mesmo *contra* a disposição legal (BINENBOJM, 2006, p. 70-71)

Entretanto, como se deve acautelar contra qualquer novidade jurídica, não convém empolgar-se em demasia e pugnar pela completa destruição do princípio da legalidade. Deve-se ter em mente que, em que pese ter sua relevância diminuída, ele ainda é uma das pedras de toque do Estado Democrático de Direito, razão pela qual não se pode abrir mão desse princípio. O correto é considerá-lo, atualmente, abrangido pela juridicidade: a lei é um dos parâmetros, dentre outros integrantes do sistema jurídico, aí inseridos desde a Constituição até os regulamentos administrativos.

Um reflexo do que se acabou de defender é a previsão constitucional expressa de reserva de lei estrita para a atuação da administração em certos domínios, a exemplo da fixação ou alteração de remuneração ou subsídios de agentes públicos (art. 37, X); da criação de autarquias (art. 37, XIX); dos requisitos e restrições ao ocupante de cargo ou emprego da administração direta e indireta que possibilite o acesso a informações privilegiadas (art. 37, § 2º), entre outras previsões relacionadas ao Direito Administrativo além dos vários outros exemplos que podem ser colhidos no âmbito do Direito Tributário, Penal, etc. Em casos tais, o princípio da legalidade estrita ainda é de grande valia, não sendo admissível a atuação autônoma da administração nesses domínios. Tais matérias somente podem ser tratadas por lei: é a chamada “cláusula de reserva de lei”.

Tal cláusula, é forçoso reconhecer, reforça a tese da juridicidade: se há previsões expressas da necessidade de lei para regular certas matérias, e partindo-se do pressuposto tradicional da hermenêutica jurídica no sentido de que não se deve admitir a existência de disposições constitucionais inúteis, é de ser admitir que, quanto às demais previsões, é possível a atuação autônoma da Administração (GRAU, 2000, p. 184).

Tal concepção de legalidade não é dissonante da vigente concepção pós-positivista dos princípios jurídicos, cristalizados constitucionalmente, categoria à qual a legalidade pertence. Nesse sentido, Robert Alexy (2011, p. 90) defende que princípios são mandados de otimização, ou seja, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Podem, pois, ser satisfeitos em graus variados, em virtude não só dos fatos (possibilidades fáticas), mas também dos princípios jurídicos e regras colidentes (possibilidades jurídicas).

Dessa constatação decorrem diversas consequências relevantes, dentre as quais a necessidade de ponderação entre princípios quando, em um dado caso concreto, há um conflito entre eles. Em uma situação de colisão entre princípios, um deles terá de ceder diante das circunstâncias do caso concreto. Daí afirma-se que “um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta” (ALEXY, 2011, p. 93). A partir da identificação das condições sob as quais determinado princípio tem “mais peso” do que outro – os quais, *a priori*, estão no mesmo nível – pode-se extrair uma regra. Essa operação é regida pela lei de colisão, expressa, nas palavras de Alexy (2011, p. 99), como “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”. Dessa forma, é forçoso concluir que, diante das circunstâncias do caso concreto, a legalidade, como princípio, pode, eventualmente, ter de ceder lugar para outro princípio que, *in casu*, tenha maior peso.

Isso significa que, sem abandonar a ideia de legalidade, é possível reconhecer, para além da possibilidade de atuação *secundum legem* (segundo a lei constitucional) e *praeter legem* (com fundamento direito na Constituição, mas ausente disposição legal expressa), é viável reconhecer situações em que a Administração Pública possa validamente atuar *contra legem* – isto é, conforme o direito, mas contra a lei formal (lei em sentido estrito), em virtude da ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (BINENBOJM, 2006, p. 143). No último caso, pressupõe-se, logicamente, a declaração de inconstitucionalidade do enunciado normativo reconhecido como violador da supremacia da Constituição, o que se constitui em verdadeiro *poder-dever* da Administração Pública.

2 Declaração de inconstitucionalidade de lei por ato da administração pública

A afirmativa da possibilidade de a Administração Pública, por ato próprio, declarar a inconstitucionalidade de lei deve ser compreendida em seus devidos termos. Tradicionalmente, tem-se entendido que a competência para “declarar a inconstitucionalidade” de lei é privativa do Poder Judiciário. Aliás, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou expressamente a respeito por ocasião do julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 221/DF:

Em nosso sistema jurídico, não se admite declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo com força de lei por lei ou por ato normativo com força de lei posteriores. O controle de constitucionalidade da lei ou dos atos normativos e da

competência exclusiva do Poder Judiciário. Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua chefia - e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade -, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais. (BRASIL, 1993, p. 1)

Entretanto, “declarar a inconstitucionalidade de lei” e “determinar que se deixe de aplicar administrativamente as leis que considerem inconstitucionais” constituem diferentes passos da mesma operação lógica. Segundo tradicional classificação de atos jurídicos, atos *declaratórios* são aqueles que “afirmam a preexistência de uma situação de fato ou de direito”. É um conceito que se opõe ao de atos *constitutivos*, entendidos como os que “fazem nascer uma situação jurídica, seja produzindo-a originariamente, seja extinguindo ou modificando situação anterior” (MELLO, 2005, p. 396). Dessa forma, para deixar de aplicar um dispositivo legal, cabe à Administração motivar racionalmente, louvando-se, em um juízo de ponderação, o ato que assim determine. Ora, “deixar de aplicar lei que entende inconstitucional” pressupõe, logicamente, afirmar que tal lei não observa as limitações ditadas pela Constituição - sob pena de o ato restar viciado por inexistência de motivos. A inconstitucionalidade será, pois, a situação de direito preexistente afirmada pelo ato, o que se amolda perfeitamente ao conceito de ato declaratório. Não há razão, dessa forma, para negar que essa operação se trata de uma declaração de inconstitucionalidade de lei.

Não se quer dizer que a Administração Pública terá o mesmo poder que o Judiciário, quando decidir pela declaração de inconstitucionalidade de leis. O que se defende é que a operação, em essência, é a mesma, restando-se diferenciadas apenas por caracteres contingentes.

Inicialmente, deve-se distinguir tal declaração, pela Administração, daquela procedida no bojo do procedimento conhecido como “controle difuso de constitucionalidade”, deferido à competência de todos os juízes e tribunais. Não se pode conferir tal extensão à referida competência no âmbito administrativo, considerando, que, ao contrário dos magistrados, os servidores públicos, de modo geral, não possuem independência funcional - que os permitiria decidir segundo o seu livre convencimento motivado. Ao revés, é dever do servidor, normalmente previsto nos estatutos funcionais, observar as normas legais e regulamentares, até mesmo por imposição do princípio hierárquico inerente à Administração.

Destarte, caso algum servidor entenda que a lei que deva aplicar é inconstitucional, deverá provocar o órgão competente para prestar-lhe consultoria jurídica (ou seja, o órgão da Advocacia Pública competente, nos termos dos arts. 131 e 132 da Constituição Federal). O juízo acerca da constitucionalidade de lei é matéria de cunho eminentemente jurídico, pelo que se trata de ato privativo de advogado, nos termos do art. 1º, II, da Lei nº 8.906/1994. E o advogado público, por possuir independência técnica assegurada pelo Estatuto da Advocacia, pode concluir pela inconstitucionalidade, o que legitimará o servidor a afastar a lei naquele caso submetido à análise.

Para evitar divergências internas, devem, então, ser acionados os mecanismos institucionais inerentes à Advocacia Pública tendentes à uniformização de entendimento

(a exemplo daqueles disciplinados nos arts. 40 a 43, da Lei Complementar nº 73/1993, referentes à Advocacia-Geral da União). Nessa toada, o procurador responsável poderá submeter seu entendimento no sentido da inconstitucionalidade da lei à autoridade responsável pelo assessoramento do chefe do Executivo, para que este, acolhendo a pertinente manifestação jurídica, edite ato que vincule toda a Administração, como consequência do poder hierárquico de que dispõe.

Entretanto, em qualquer dos meios de declaração de inconstitucionalidade reconhecidos aqui à Administração Pública, sempre será possível a qualquer interessado o recurso ao Judiciário, que, em nosso ordenamento, é inafastável por força do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Desse modo, declarada administrativamente a inconstitucionalidade, seja em um caso concreto seja com força vinculante para toda a Administração, jamais ficará o Judiciário jungido a tal interpretação, podendo, ao revés, reafirmar a constitucionalidade da norma e anular a interpretação divergente - do mesmo modo que o reconhecimento administrativo da constitucionalidade não obsta que o Judiciário declare, pelas vias próprias, a inconstitucionalidade da mesma norma.

Nesse diapasão, somente se pode aceitar o entendimento firmado no supracitado aresto caso se adote um conceito restrito, posto que atécnico, de “declaração de inconstitucionalidade”, o qual abrangesse apenas o pronunciamento *em definitivo* sobre a questão. Nem a própria Lei Maior autoriza essa conclusão, uma vez que o art. 102 atribui ao Supremo Tribunal Federal *precipualemente* - não privativamente - a guarda da Constituição, de modo que a interpretação não pode culminar por excluir o poder-dever dos demais poderes de respeitar, integralmente, a supremacia da Lei Maior.

Portanto, para que a Administração Pública declare um dispositivo de lei inconstitucional, deverá proceder a uma ponderação entre o princípio da legalidade e outro princípio, diante das circunstâncias do caso concreto - o que será lícito, desde que não haja exigência constitucional explícita de lei em sentido formal, naquele âmbito. Mas, como dito, tal sopesamento deverá ser procedido de forma racional, a fim de se evitar a banalização do instituto.

3 Sopesamento e racionalidade

É interessante notar, por oportuno, que a racionalidade do processo de sopesamento, na visão de Alexy, está condicionada à fundamentação da decisão. Com essa ideia, o autor busca refutar as críticas dos que imputam à sua teoria a pecha de modelo aberto e irracional.

Expressamente, Alexy (2011, p. 164) reconhece que “se o sopesamento se resumisse à formulação de um tal enunciado de preferências e, com isso, à determinação da regra relacionada ao caso - que decorre desse enunciado -, o sopesamento, de fato, não representaria um procedimento racional”. Para ele, tal seria um modelo decisionista, que não se pode confundir com o modelo fundamentado que propõe.

O modelo fundamentado, ainda em suas palavras:

Distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. Essa diferenciação permite ligar o postulado da racionalidade do sopesamento à fundamentação do enunciado de preferência e afirmar: um sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional. (ALEXY, 2011, p. 165)

Ou seja, Alexy desloca o problema da racionalidade do sopesamento para a fundamentação racional dos enunciados das regras de direito fundamental atribuídas que estabelecem a preferência condicionada entre princípios colidentes. Tal fundamentação deve basear-se no que ele chama de “lei do sopesamento”, assim enunciada: “quanto maior for o grau de não afetação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2011, p. 167).

Nesse sentido:

Ainda que o *sopesamento em si* não estabeleça um parâmetro com o auxílio do qual os casos possam ser decididos de forma definitiva, o *modelo de sopesamento como um todo* oferece um critério, ao associar a lei de colisão à teoria da argumentação jurídica racional. A lei de colisão diz o que deve ser fundamentado de forma racional. Nesse sentido, não se pode dizer que ela nada diz e que é, portanto, uma fórmula vazia. A recorrente objeção do irracionalismo já foi refutada. (ALEXY, 2011, p. 173-174)

Veja-se como Alexy insiste em afirmar que a racionalidade de sua proposta repousa na coerente fundamentação da regra que estabelece a preferência condicionada de um princípio em face do princípio colidente. Interpretando, pois, *a contrario sensu*, suas palavras, é forçoso reconhecer que em sua obra encontram-se elementos para tachar de irracionais decisões, que, a pretexto de aplicar a técnica do sopesamento, não logram fundamentar-se coerentemente, à luz de sólida argumentação jurídica, em face dos condicionantes fáticos e jurídicos do caso posto à decisão.

Lamentavelmente, sói acontecer no Brasil a prolação de decisões que olvidam essa passagem da teoria alexyana, em algo que se pode identificar como uma adoção mutilada da sua teoria dos direitos fundamentais. Já é arraigada a consciência nos tribunais pátrios das grandes linhas da teoria de Alexy, ou seja: que direitos fundamentais têm natureza principiológica; que a ocorrência de colisão entre eles é frequente; e que a ponderação é uma técnica viável para a solução de tais conflitos. Contudo, a concomitante adoção da exigência de fundamentação racional em termos de argumentação jurídica ainda não encontrou ressonância devida, como demonstra Virgílio Afonso da Silva (2002, p. 31), ao traçar um interessante diagnóstico do uso da máxima (para ele, regra) da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Nessa esteira, é de se destacar a necessidade da adoção de parâmetros mais objetivos, intersubjetivamente controláveis, para fundamentar o sopesamento. Diante desse fluxo, pretende-se sugerir uma nova classe de argumentos, de grande prestígio no Direito americano, mas ainda pouco versada no Brasil, que têm por pretensão tornar mais exata a análise das condicionantes fáticas e jurídicas a que Alexy se reporta com frequência. Tal abertura é dada pelo próprio autor, quando assevera que:

[...] a fundamentação de enunciados de preferências é uma fundamentação de regras relativamente concretas, que devem ser atribuídas às disposições de direitos fundamentais. Para a sua fundamentação podem ser utilizados todos os argumentos possíveis na argumentação constitucional. Mas a possibilidade de uso de argumentos semânticos fica excluída nos casos em que com a própria constatação da colisão já se decide, a partir do teor literal da Constituição, acerca da aplicação das disposições constitucionais em questão. Já os demais cânones da interpretação e argumentos dogmáticos, precedentes, argumentos práticos e empíricos em geral, além de formas específicas de argumentação jurídica, podem sempre ser utilizados (ALEXY, 2011, p. 165-166).

Dessa forma, considerando que a teoria de Alexy tem abertura para a introdução de elementos de argumentação, buscar-se-á na chamada “análise econômica do Direito” alguns elementos aptos a conferir maior segurança e precisão na investigação das soluções de conflitos entre princípios. Seu aporte se dará principalmente pela introdução da noção econômica de eficiência no raciocínio jurídico, o que permitirá, com maior clareza, balizar a operação de ponderação do princípio da legalidade em face de outros princípios relevantes, de maior peso no caso concreto, sem abrir as comportas para o descumprimento puro e simples de uma lei validamente aprovada em nome de uma invocação genérica qualquer.

4 A eficiência entre a Economia e o Direito

A análise econômica do Direito propõe-se a construir um estudo interdisciplinar, a partir da aplicação da teoria econômica à análise e evolução da realidade legal. No entanto, cumpre destacar que um estudo interdisciplinar envolvendo Direito e Economia não é algo exclusivo dessa abordagem. No campo do Direito Econômico, já há muito se praticava essa relação, justamente em face de seu objeto: a ordenação da atividade econômica. Contudo, a perspectiva é diversa:

[...] poderíamos dizer, portanto, que, assim como o Direito Econômico trata da intervenção do Estado no domínio econômico (versando, de um modo geral, sobre normas organização), a Análise Econômica do Direito, voltada, prioritariamente, para o exame das normas de conduta, dedicar-se-ia ao estudo da “intervenção” da Economia no Estado. [...]

No fundo, porém, estamos, nos dois casos, diante do problema da relação do Direito com a Economia. (JANSEN, 2003, p. 15)

A análise econômica do Direito, portanto, não se confunde com o Direito Econômico. Sua proposta é mais ampla, de modo que pode ser conceituada como “o movimento filosófico que visa analisar, com base no racionalismo econômico, o comportamento humano decorrente de uma norma jurídica (seja ela geral e abstrata, seja individual e concreta)” (MAIA, 2007, p. 32). Tem por finalidade “descobrir e esclarecer os efeitos econômicos dos contratos, decisões judiciais e leis, sob a perspectiva da eficiência econômica, de maior utilidade geral” (LAUDA, 2009, p. 6).

Essa reformulação econômica do Direito significa colocar, no centro dos estudos jurídicos, os problemas relativos à sua eficiência e do custo dos instrumentos jurídicos na busca de seus fins ou das consequências econômicas das intervenções jurídicas (PACHECO, 1994, p. 34-35). Defende tal movimento que a aplicação da metodologia econômica deve-se alastrar por todas as suas áreas, inclusive - como interessa particularmente ao presente trabalho - como auxiliar na solução de colisões entre princípios. É o que analisaremos adiante.

4.1 Eficiência e justiça

Diz-se que quando as escolhas são realizadas em um contexto social onde é possível a livre interação entre os indivíduos, que podem relacionar-se para realizar trocas por meio de barganhas, está-se no âmbito do mercado. É oportuno salientar que o contexto de mercado não pressupõe necessariamente troca de valores pecuniários. Em Economia, “a referência a mercado significa pura e simplesmente o contexto social no qual os agentes poderão tomar suas decisões livremente, barganhando com os demais para obter o que desejam por meio da cooperação” (GICO JÚNIOR, 2010, p. 22).

Havendo possibilidade para livres trocas - ou seja, no mercado -, a interação entre agentes maximizadores de utilidades os conduzirá à realização de trocas até que os custos para tanto se igualem aos benefícios auferidos, ponto a partir do qual não haverá mais interesse na realização dessas. Esse é o chamado “ponto de equilíbrio”.

Equilíbrio, pois, pode ser definido como “o padrão de interação entre indivíduos que é alcançado quando todos os agentes estão maximizando sua utilidade simultaneamente, e de forma que nenhuma alteração no quadro possa implicar em incremento nessas utilidades” (LAUDA, 2009, p. 12). Esse padrão tende a permanecer, a menos que seja perturbado por forças externas (COOTER; ULEN, 2000, p. 11).

O conceito de equilíbrio permite antever o resultado provável de uma alteração na estrutura de incentivos dos agentes. Por exemplo, ao alterar-se determinada norma jurídica - e, portanto, ao modificar-se a estrutura de incentivos -, o ponto de equilíbrio será deslocado, o que levará os agentes a realizar novas interações até que o novo equilíbrio seja atingido.

Esse equilíbrio ao qual tende um livre mercado corresponde ao conceito de eficiência de Pareto, “que significa simplesmente que não existe nenhuma outra alocação de recursos tal que eu consiga melhorar a situação de alguém sem piorar a de situação outrem. Equilíbrios constituem, portanto, ótimos de Pareto” (GICO JÚNIOR, 2010, p. 22).

Deve-se notar também que uma situação perfeita de livre mercado é de rara verificação empírica. Aí o lugar das chamadas “falhas de mercado”, que incluem situações de concorrência imperfeita (monopólios, oligopólios, entre outras), bens públicos (economicamente, aqueles cuja utilização por uns não exclui sua utilização por outros) e externalidades (custos ou benefícios gerados para terceiros, que não participam da relação econômica).

Nesse sentido, a eficiência de Pareto deve ser encarada como uma tendência, a fim de conferir um valor preditivo à economia. Ao Direito, pois, cabe acrescer à noção de eficiência de Pareto os critérios de justiça e equidade que lhe são próprios, considerando os efeitos das falhas de mercado, para que possa bem realizar seu papel social.

É importante observar que nem sempre uma situação Pareto-eficiente será justa segundo algum critério normativo. Contudo, uma situação que não guarda consonância com a eficiência de Pareto certamente será injusta, pois alguém poderia ter a sua situação melhorada sem que isso implicasse na piora da situação de outrem (GICO JÚNIOR, 2010, p. 22). Em outras palavras, não há de se falar em justiça numa situação em que existe desperdício de recursos.

Assim, a eficiência é um critério essencial, mas não o único, a ser levado em conta na apreciação da justiça. É importante, para que se alcancem quaisquer fins considerados justos, que os meios sejam eficientes (CARVALHO, 2008, p. 7). Tal método advoga que, não importa a política pública que venha a ser deliberada, sua execução deve-se dar de forma eficiente. Nesse sentido:

Como dito, se os recursos são escassos e as necessidades potencialmente ilimitadas, todo desperdício implica necessidades humanas não atendidas, logo, toda definição de justiça deveria ter como condição necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios (*i.e.*, eficiência). Não sabemos o que é justo, mas sabemos que a ineficiência é sempre injusta, por isso, não consigo vislumbrar qualquer conflito entre eficiência e justiça, muito pelo contrário, uma é condição de existência da outra. (GICO JÚNIOR, 2010, p. 27)

A análise econômica do Direito pode contribuir para identificar o que é injusto (no caso, ineficiente), bem como para balizar os parâmetros de ponderação entre as alternativas disponíveis, a partir da identificação das reais consequências da adoção de cada uma das opções. Não se pode tomar responsabilmente uma decisão sem consciência de seus reais custos e benefícios a serem alcançados (GICO JÚNIOR, 2010, p. 27).

À luz das considerações até aqui expostas, já se pode afirmar que uma decisão jurídica, diante de um caso concreto em que interesses fundados em princípios sejam conflitantes, constitui-se em uma escolha; e, para que tal solução seja eficiente, devem ser ponderados os interesses, com a consciência de que essa decisão necessariamente se constituirá num *trade off* - conceito utilizado em Economia, sem tradução adequada em português, que exprime a ideia de que, para se obter algo que se deseja, é necessário sacrificar ou abrir mão de alguma coisa que se tem (CORDEIRO, 2004, p. 34).

Nesse diapasão, o reconhecimento do direito de um implicará na exclusão do direito de outro. Ademais, tal escolha gerará externalidades, positivas ou negativas, as quais também deverão ser consideradas, pois causarão impactos não apenas às partes envolvidas, mas também a toda a sociedade (CARVALHO; MATTOS, 2008, p. 10-11).

4.2 Natureza jurídica da eficiência

Afirmou-se que nem toda solução eficiente pode ser considerada justa, mas que toda solução ineficiente certamente será injusta, tendo em vista que, num cenário de

escassez de recursos - limitada principalmente, no caso do Estado, à sua capacidade arrecadatória - e de necessidades ilimitadas, a adoção de providências que não maximizem a utilização dos recursos públicos implica desperdício de valores que, utilizados eficientemente, permitiriam a efetivação ainda maior dos princípios constitucionais.

Essa é a razão pela qual, à luz da teoria de Alexy, não se pode, ao contrário que consta no caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988, sustentar que eficiência seja um princípio. Ora, em face do que se acabou de referir, não é de se admitir, jamais, como válida uma decisão em desrespeito à eficiência: ou a decisão maximiza a utilização dos recursos públicos, e *poderá ser* válida; ou não a maximiza, e *será* inválida. Não se pode falar, assim, de graus de eficiência; não cabe sopesá-la com outros princípios.

Repise-se, a fim de bem esclarecer o que se acabou de afirmar, que a eficiência, sob tal prisma econômico, é requisito necessário, *mas não suficiente*, para atingimento da justiça. Qualquer decisão pública, sobretudo no campo da discricionariedade administrativa, deve *também* ser aferida com base nos demais parâmetros constitucionalmente albergados, a exemplo da economicidade, da moralidade e da legitimidade. Portanto, pode-se afirmar que *nem toda* decisão eficiente *é* justa, mas que *toda* decisão justa *é* eficiente; e que *toda* decisão ineficiente *é* injusta, mas que *nem toda* decisão injusta *é* ineficiente.

Nesse sentido, não se pode admitir uma decisão ineficiente, a pretexto de uma ponderação em favor de outros princípios. Isso seria uma contradição nos próprios termos: se a decisão não é eficiente, isso significa que o mesmo resultado - a efetivação desses outros princípios - pode ser atingido mediante o emprego mais racional dos recursos públicos, com o que mais pessoas seriam beneficiadas.

Destarte, à luz da análise econômica do Direito, a eficiência disciplina um *procedimento racional para o sopesamento de princípios* diante de um caso concreto. Comumente, refere-se a ela como “princípio da eficiência”, e como tal foi insculpida no caput do art. 37 da Constituição Federal. A equivocidade dessa qualificação decorre do quanto até aqui já exposto: não se trata de um mandamento de otimização, a ser efetivado na maior medida possível, nem pode ser sopesado contra algo. Para Alexy (2011, p. 117), se tal máxima não for satisfeita, terá lugar uma invalidade, o que a situa no âmbito das regras. Contudo, ao denominar tal sorte de regra como uma “máxima”, deixa entrever seu reconhecimento de que se trata de uma espécie diferente de regra.

Nesse sentido, Humberto Ávila, a seu turno, entende que esse tipo de regras deve ser qualificado como uma *metanorma*, ou seja, uma norma sobre a aplicação de outras, pelo que é errôneo qualificá-la no mesmo nível das normas sobre as quais será aplicada. Por isso, prefere qualificá-la como *postulado normativo aplicativo*. Para ele, tal gênero é composto de normas não imediatamente finalísticas, mas metódicas, fornecendo critérios precisos para a aplicação do direito (ÁVILA, 2011, p. 133 et seq.).

A máxima da eficiência, expressamente agasalhada pelo art. 37 da Constituição Federal, portanto, deve servir para dar à operação de sopesamento mais concretude e permitir um maior controle intersubjetivo das decisões tomadas.

5 Eficiência como parâmetro de legitimação da declaração de inconstitucionalidade de lei pela Administração Pública

Assentando que a legalidade - compreendida agora nas bases mais amplas da juridicidade - apresenta natureza principiológica, e, como tal, admite sopesamento em face de outros princípios, em concreto, mais relevantes, e considerando que, como exposto, a eficiência, por não ser passível de ponderação, não pode ser qualificada como princípio, é forçoso concluir que é descabido falar em flexibilizar a legalidade em nome da eficiência.

A eficiência, como visto, deve ser classificada como uma metanorma, ou seja, uma norma sobre aplicação de outras, sem conteúdo material próprio. Assim, é falacioso conceber qualquer tipo de conflito entre legalidade e eficiência, pois não é de se admitir nenhuma situação em que seja legítima uma atuação ineficiente.

O que pode ocorrer, em concreto, é o conflito entre a legalidade e outro princípio jurídico, que estarão em colisão diante de um caso concreto, de modo que tal conflito deverá ser solucionado por meio do sopesamento. Nesse caso, será legítimo à própria Administração declarar a inconstitucionalidade da lei, fundamentada nos pronunciamentos de seus órgãos jurídicos, chancelados pelo chefe do Executivo, em decisão que manifeste que tenha esse sopesamento sido orientado pela eficiência. Como afirmado, apesar de nem toda solução eficiente ser justa, toda solução ineficiente certamente será injusta, de modo que não se cabe falar em ponderação da eficiência perante qualquer outro princípio. Tal decisão poderá, sempre, ser submetida à apreciação do Judiciário, a quem compete, constitucionalmente, a última palavra sobre a questão.

A este ponto, é válido salientar que a ponderação da legalidade enquanto princípio não é estranha à tradição jurídica brasileira. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já teve oportunidade de decidir interessante questão, na qual a legalidade, no sentido estrito de apego à literalidade da lei, pôde ser ponderada em face de outros princípios. Em decisão monocrática, o ministro Napoleão Nunes Maia Filho fez uso da racionalidade aqui defendida - ainda que em ligeira passagem, sem a sistematicidade que ora se lhe empresta - ao ponderar a liberdade conferida ao servidor público pelo art. 1º da Lei Estadual nº 13.772/2000, de Minas Gerais, com a supremacia do interesse público. É o que se depreende do excerto abaixo:

13. Em que pesem os argumentos lançados pelos recorrentes, não há norma que lhe assegure o pleno direito de escolha da instituição bancária de sua preferência para o recebimento de seus vencimentos. E mais: possibilitar que cada servidor faça a opção bancária que melhor atenda seus interesses, inclusive escolhendo praça e agência, além de colidir com o interesse público, acarretaria excessivo ônus à Administração Pública, o que, à olhos vistos, não se coaduna com os princípios da razoabilidade e da eficiência, aos quais está vinculada a Administração. (BRASIL, 2011, p. 3)

À guisa de esclarecimento, é oportuna a transcrição do dispositivo legal citado:

Art. 1º Os militares e os servidores públicos, ativos e inativos, e os pensionistas das administrações direta e indireta do Estado poderão optar pelo recebimento de seus vencimentos integrais, remuneração, proventos e pensões por intermédio de cooperativa de crédito constituída de acordo com a Lei Federal nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, à qual sejam filiados, ou de instituição bancária que integre o sistema financeiro nacional. (MINAS GERAIS, 2000, p. 1)

Em resumo, a decisão do ministro Maia Filho poderia ser relida da seguinte forma: em que pese a literalidade da Lei Estadual nº 13.722/2000 atribuir aos servidores mineiros liberdade para receber sua remuneração por intermédio de instituição financeira de sua preferência, essa liberdade entra em choque com a supremacia do interesse público, consistente na centralização da folha de pagamento em instituição bancária conveniada, de modo que agiu licitamente a Administração Pública ao negar constitucionalidade ao referido artigo. Acolher tal dispositivo legal como constitucional para aplicá-lo em sua literalidade implicaria desperdício de recursos públicos, pois seria mais custosa a gestão da folha por múltiplos bancos, de modo que a centralização é a medida mais *eficiente*.

O STJ, em sede de agravo regimental contra essa decisão, confirmou o entendimento esposado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DETERMINAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM QUE SE DARÁ O CRÉDITO DA REMUNERAÇÃO. LIVRE ESCOLHA DO SERVIDOR. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E EFICIÊNCIA

1 - Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir os fundamentos da decisão atacada.

2 - O art. 1º da Lei Estadual nº 13.722/2000, ao permitir aos servidores o direito de escolher a instituição bancária de sua preferência, não o faz de forma plena e absoluta.

3 - A interpretação que se coaduna com os princípios constitucionais que regem o direito administrativo, notadamente os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da eficiência, é no sentido de que a possibilidade de opção do servidor deve recair[r] dentre aquelas instituições financeiras relacionadas pela própria Administração para o crédito da remuneração.

4 - Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2012, p. 1)

Dessa forma, não deve causar estranheza a legitimidade da Administração Pública para declarar a inconstitucionalidade de dispositivo legal, desde que, havendo outros princípios constitucionais em colisão com a legalidade, o sopesamento eficiente, devidamente lastreado em parecer jurídico proferido por órgão da Advocacia Pública, imponha o afastamento deste dispositivo, sempre com vistas a preservar a supremacia da Constituição. Sendo tal decisão tomada pelo chefe do Poder Executivo, vinculará todos os órgãos que lhe são subordinados, em respeito ao poder hierárquico que lhe é inerente.

Conclusões

Considerando tudo o que foi até aqui exposto, pode-se concluir que a ideia de legalidade, em suas origens, por estar intimamente ligada com a noção de justiça, era

compreendida como um postulado fundamental do Estado, a lastrear a ação administrativa e a proteger a liberdade dos cidadãos. Entretanto, o evolver histórico tratou de solapar essa fundamentação, ensejando a chamada “crise da lei formal”.

Nesse contexto, sobretudo sob a inspiração filosófica do neoconstitucionalismo, a legalidade teve seu papel retraído, passando a ser incluída no âmbito de um princípio maior, o da legitimidade. Tal concepção defende que a atuação da administração deve guardar consonância com o ordenamento jurídico sistematicamente considerado, encimado pela Constituição.

Tal evolução pavimentou a compreensão da legalidade como um princípio, logo, passível de sopesamento e mitigação. Assim, princípios eventualmente colidentes podem ser suficientemente fortes para afastar, perante as circunstâncias do caso concreto, a legalidade, o que pressupõe, logicamente, a declaração de inconstitucionalidade da norma afastada, que fica erigida em motivo determinante do ato que assim decide.

Não deve causar estranheza a assertiva de que a Administração Pública pode, por ato próprio, declarar a inconstitucionalidade de lei. Basta fixar que essa competência não possui a mesma extensão que a atribuída ao Judiciário, pois falece aos servidores em geral independência funcional e qualificação jurídica específica para tanto, pelo que decisões, diante de casos concretos, devem ser lastreadas em parecer elaborado pelo órgão competente para prestar-lhe consultoria jurídica.

Sendo o caso de evitar interpretações contraditórias entre diversos servidores ou órgãos administrativos, cabe ao chefe do Poder Executivo, lastreado também em parecer jurídico do órgão a que lhe incumbe assessorar, decidir pelo afastamento da disposição legal, o que vinculará todos os órgãos que lhe são subordinados, em virtude do poder hierárquico que é inerente ao cargo.

Contudo, essa operação de ponderação entre princípios deve ser realizada de modo racional, intersubjetivamente controlável, de modo que se tolham tentativas de demolir, pura e simplesmente, a legalidade, a qual, apesar de mitigável, ainda possui grande relevância em nossa cultura jurídica. Essa racionalidade pode ser inspirada e aperfeiçoada pela utilização da análise econômica do direito, que fornece ao jurista um instrumental preciso e objetivamente aferível, haurido das ciências econômicas, para balizar tais sopesamentos.

Nesse contexto, a concepção econômica da eficiência de Pareto deve ser compreendida como a situação na qual nenhum agente pode ser sua situação melhorada sem que isso implique piora da situação de outrem. É o caso em que todos os agentes estão, simultaneamente, maximizando seus interesses, economicamente compreendidos como utilidades. Qualquer outra situação acarreta a existência de desperdício.

E, num cenário de recursos escassos - em especial os públicos, limitados pela capacidade arrecadatória do Estado e em face das infinitas demandas sociais a atender -, qualquer desperdício é suficiente para qualificar como injusta uma situação, pois, com uma aplicação eficiente dos mesmos recursos, poder-se-ia atender a mais necessidades. Dessa forma, em que pese nem toda situação Pareto-eficiente ser justa, toda situação ineficiente é, forçosamente, injusta. Diante disso, reconhece-se na eficiência a natureza

de sobrenorma; e não de princípio, já que ela não admite ponderação - ela é o próprio critério de ponderação.

A utilização desse raciocínio, já acolhido em jurisprudência, permite reaproximar a atuação administrativa, fundada na juridicidade, da ideia de justiça que outrora inspirou a legalidade, resgatando o ideal clássico do Direito hoje mimetizado na supremacia da Constituição.

LEGITIMACY OF PUBLIC ADMINISTRATION TO DECLARE THE UNCONSTITUTIONALITY OF LAW

ABSTRACT: The article discusses the viability of declaration of unconstitutionality of law by act of public administration, under a neoconstitutionalist approach. It begins by treating the principle of legality, identifying its decay and gradually replacement by the concept of juridicity. It discusses about the competence of Public Administration to declare unconstitutionality of law, which does not have the same extent as in Judiciary. It also examines the legal nature of efficiency, linking its economic bias to the ideal of justice, in order to erect it the necessary foundation of the process of rational motivation of the decision which sets the unconstitutionality of the law, what contributes to the rescue of the ideal of justice inherent to Law.

KEYWORDS: Declaration of Unconstitutionality. Public Administration. Legality. Efficiency. Justice.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRIOLI, Antônio Inácio. A democracia direta eu Rousseau. *Revista Espaço Acadêmico*. Maringá, n. 22, ano II, mar. 2003. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/022/22androusseau.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 59, 1º out. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3208>>. Acesso em: 6 dez. 2010.

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

BRASIL. *Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Mandado de Segurança nº 28.774/MG*. Rel.: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Decisão Monocrática, Brasília, julgado em 22 jun. 2011, publicado no DJe de 30 jun. 2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=MON&sequencial=16220301&formato=PDF>>. Acesso em 11 jul. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 28.774/MG*. Rel.: Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, Brasília, julgado em 24 abr. 2012, publicado no DJe de 29 maio 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=21701613&sReg=200900221315&sData=20120529&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em 11 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 221-0/DF*. Rel.: Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, Brasília, julgado em 29 mar. 1990, publicado no DJ de 22 out. 1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346262>>. Acesso em 20 jun. 2012.

CARVALHO, Cristiano. *A análise econômica do Direito Tributário*. São Paulo; Porto Alegre: CMTED, 2008. Disponível em: <<http://www.cmted.com.br/restrito/upload/artigos/27.pdf>>. Acesso em 30 jun. 2011.

_____; MATTOS, Ely José de. *Análise econômica do Direito Tributário e colisão de princípios jurídicos: Um caso concreto*. Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, 2008. Disponível em: <<http://www.escholarship.org/uc/item/5sb875z8.pdf>>. Acesso em 30 jun. 2011.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 3. ed. [s.l.]: Addison Wesley Longman, 2000.

CORDEIRO, José Vicente Bandeira de Mello. A logística como ferramenta para a melhoria do desempenho em pequenas empresas. *FAE Business*, Curitiba, n. 8, p. 32-34, maio 2004. Disponível em: <http://www.fae.edu/publicacoes/pdf/revista_da_fae/fae_v8_n1/rev_fae_v8_n1_08_vicente.pdf>. Acesso em 10 jul. 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O princípio da legalidade. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 10, jun. 1977, p. 9-20.

GICO JÚNIOR, Ivo. Metodologia e epistemologia da análise econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 1, p. 7-32, jan.-jun. 2010. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>>. Acesso em 2 jul. 2011.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

JANSEN, Letácio. *Introdução à Economia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

LAUDA, Bruno Bolson. A análise econômica do Direito: Uma dimensão da crematística no Direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*. Santa Maria, v. 4, n. 1, mar. 2009. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/revistadireito/eds/v4n1/a3.pdf>>. Acesso em 5 jul. 2011.

MAIA, Douglas Leonardo Costa. *Paradigmas da análise econômica do Direito, para o estudo da intervenção estatal, por direção, sobre a ordem econômica brasileira*. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Marília, Marília, 2007. 115 f. Disponível em: <<http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/5c6b7cbc26a8db62b7538648b2af310a.pdf>>. Acesso em: 1º jul. 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MINAS GERAIS. *Lei nº 13.722, de 20 de outubro de 2000*. Dispõe sobre o pagamento de militares, de servidores públicos e de pensionistas do Estado. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=13722&comp=&ano=2000&aba=js_texto-Atualizado>. Acesso em: 11 jul. 2012.

PACHECO, Pedro Mercado. *El análisis económico del Derecho: Una reconstrucción teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SILVA, Luís Virgílio Afonso. O proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 798. São Paulo: abr. 2002. p. 23-50.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. In: _____. (Coord.) *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.