

**A-DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E SEU CONTROLE
JURISDICIONAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL E
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Luiz Henrique Urquhart Cademartori

**Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina, como parte dos requisitos
para obtenção do título de Doutor em Direito.**

Orientador:

Dr. Ubaldo Cesar Balthazar

Florianópolis - SC

2000.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A tese “A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E SEU CONTROLE JURISDICIONAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO” elaborada por Luiz Henrique Urquhart Cademartori e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

Florianópolis, 09 de outubro de 1999.

Banca Examinadora:

Professor Dr. Cesar Luiz Pasold – Membro

Professor Dr. Clémerson Merlin Cléve – Membro

Professor Dr. Florivaldo Dutra de Araújo. – Membro

Professor Dr. Paulo Henrique Blasi – Membro

Professor Orientador:

Professor Dr. Ubaldo César Balhazar

Coordenador do Curso:

Professor Dr. Ubaldo César Balhazar

AGRADECIMENTOS

Além do meu orientador, Ubaldo César Balthazar, a quem dirijo minha especial gratidão e às funcionárias do CPGD, pelo seu habitual apoio logístico, as pessoas a seguir arroladas também merecem destacado agradecimento (em ordem alfabética):

Argemiro Cardoso; Daniela Mesquita; Florivaldo Dutra; Luiza Cristina; Luiz Bráulio; Osvaldo Furlan; Sergio Cademartori; Sandra Carvalho; Sandro Maciel... e caso tenha esquecido alguém – o que é provável – espero poder agradecer em uma outra ocasião.

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a enquadrar, dentro de uma jurisprudência de valores, o problema atinente ao controle jurisdicional da atividade discricionária administrativa. Para tanto, optou-se pelo modelo teórico garantista, com a finalidade de propiciar uma análise da atuação estatal vinculada, juridicamente, aos valores derivados dos direitos fundamentais constitucionais, evitando, ao mesmo tempo, uma retomada jusnaturalista do Direito. Em outros termos, pode-se dizer que o principal desafio consiste em manter a racionalidade do discurso jurídico positivista, somando a ele uma dimensão axiológica igualmente racional. Para isto, parte-se do paradigma garantista, na medida em que este, ao dividir em uma esfera valorativa jusfundamental a validade e numa esfera estrutural-formal a vigência das normas jurídicas, constrói, com a finalidade de legitimar tal proposta, um modelo de justiça normativa compatível, concomitantemente, com a dogmática positivista e com as demandas sociais de ordem substancial dirigidas ao Estado Constitucional de Direito. Com isto, ficam delimitadas as funções dos poderes estatais e, conseqüentemente, também ficam demarcados o papel e os limites do Poder Judiciário no controle da atividade administrativa do Estado em sua interação com os cidadãos.

RESUMEN

El presente trabajo se propone encuadrar dentro de una jurisprudencia de valores, el problema que concierne al control jurisdiccional de la actividad discrecional administrativa. Para ello se optó por el modelo teórico garantista, con la finalidad de propiciar un análisis de la actuación estatal vinculada jurídicamente a los valores derivados de los derechos fundamentales constitucionales, evitando, al mismo tiempo, una retomada jusnaturalista del Derecho. En otros términos se puede decir que el principal desafío consiste en mantener la racionalidad del discurso jurídico positivista, sumándole una dimensión axiológica igualmente racional. Para ello, se parte del paradigma garantista en la medida en que este, al dividir en una esfera valorativa jusfundamental la validez y en una esfera estructural-formal la vigencia de las normas jurídicas, construye con el fin de legitimar tal propuesta, un modelo de justicia normativa compatible, concomitantemente con la dogmática juspositivista y con las demandas sociales de orden substancial dirigidas al Estado Constitucional de Derecho. Con esto, se delimitan las funciones de los poderes estatales y consecuentemente también quedan demarcados el papel y los límites del Poder Judicial en el control de la actividad administrativa del Estado en su interacción con los ciudadanos.

ABSTRACT

The present work aims to fit, in accordance with Value Jurisprudence, the matter relative to the juridical control of the discretionary administrative activity. So that, it was chosen the guaranteeing theoretical model, in order to propitiate an analysis of the state actuation juridical linked to the worthies resulting from the constitutional fundamental law, avoiding at the same time, a jusnaturalist retaking of the law. In other words, we can say that the main challenge consists in keep the rationality of the juridical positivist discourse, adding to it a condign dimension equally rational. Thus, the guaranteeing paradigm, that separates the validity in one valorous jusfundamental sphere and the legality of the juridical norms in a structural-formal sphere, constructs, in order to legitimate such proposal, a model of normative justice compatible, concomitantly, with a juspositivist dogmatic and with social demands of substantial order directed to the Constitutional State of Law. However, it delimits the function of the state power and, consequently, the role and limit of the Judiciary Power controlling the administrative state activity in its coexistence with the citizen are demarcated.

SUMÁRIO

RESUMO	v
ABSTRACT	vi
RESUMEN	vii
INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I: AS BASES HISTÓRICAS E JURÍDICO-POLÍTICAS DA ATIVIDADE DISCRICIONÁRIA DO ESTADO	26
1.1 Considerações Gerais a Respeito do Tema	26
1.2 Considerações Históricas sobre o Direito Administrativo ...	29
1.3 A Discricionariedade Administrativa no Estado Absolutista.....	34
1.4 A Doutrina da Coroa como Técnica de Controle da Atividade Estatal.....	36
1.5 O Iluminismo como Base Doutrinária da Limitação do Poder Estatal	37
1.6 O Pensamento de Locke como Base Doutrinária do Liberalismo	41
1.7 As Concepções Organicista e Individualista e seus Reflexos nos Modelos de Estado	46
CAPÍTULO II: A DISCRICIONARIEDADE NO ESTADO LIBERAL CLÁSSICO E NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO	51

2.1	O Estado de Direito e sua Nova Forma de Interação com o Entorno Social	54
2.2	A Discricionariedade Administrativa no Estado Liberal Clássico	54
2.3	Atos de Governo e Atos Administrativos: Limites do Controle quanto a Legalidade Estrita	56
2.4	Os Atos Políticos ou de Governo no Contexto Brasileiro.....	59
2.5	Moralidade Administrativa: As Nascentes Concepções sobre o Tema e seu Posterior Desenvolvimento	63
2.6	Do Estado Liberal ou Legislativo ao Estado Constitucional de Direito	70
2.7	As Bases Históricas do Estado Constitucional de Direito ..	71
2.8	A Idéia de Legalidade no Estado Constitucional de Direito	79
2.9	O Estado Constitucional de Direito e a Democracia ...	80
2.10	A Relação entre Valores e Princípios.....	89

CAPÍTULO III: OS PRINCÍPIOS NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO	95
3.1 Considerações Iniciais.....	95
3.2 Os Princípios de Direito no Contexto do Ordenamento Jurídico.....	97
3.3 Princípios de Direito Implícitos e Explícitos.....	101
3.4 Normas Programáticas: Natureza Jurídica e Operatividade.....	104
3.5 Graus de Eficácia Constitucional e Normas Programáticas.....	111

3.6 Os Princípios Implícitos e seu Caráter Normativo	117
3.7 Os Princípios e sua Operatividade na Visão de Alexy....	118
3.8 Os Princípios e sua Operatividade na Visão de Dworkin.....	122
3.9 Os Parâmetros Constitucionais do Político e do Moral na Atuação Jurisdicional.....	126

CAPÍTULO IV: O PAPEL DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO PÚBLICO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

4.1 Considerações Iniciais	133
4.2 O Papel dos Princípios Gerais de Direito Administrativo	136
4.3 Os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade: Considerações Iniciais.....	140
4.4 O Princípio da Razoabilidade.....	142
4.5 O Princípio da Proporcionalidade	147

CAPÍTULO V: O CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....

5.1 Razoabilidade e Proporcionalidade no Âmbito Jurisprudencial Brasileiro	153
5.2 Discricionariedade Administrativa e seu Controle Jurisdicional: a Situação Atual do Tema na Doutrina Espanhola e Brasileira	160
5.3 Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade	167
5.4 Problemas Remanescentes à Divisão entre Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade.....	172

CAPÍTULO VI: A ATIVIDADE DISCRICIONÁRIA ADMINISTRATIVA E SEU CONTROLE JURISDICIONAL SOB A PERSPECTIVA GARANTISTA	180
6.1 Considerações Introdutórias	180
6.2 O Controle Jurisdicional do Ato Administrativo no Modelo Garantista.....	183
6.3 Validade, Vigência e Eficácia do Ato Administrativo na Visão Atual e segundo a Teoria Garantista.....	189
6.4 Incompatibilidades entre o Conceito Tradicional de Validade e o Controle Jurisdicional do Ato Discricionário	198
6.5 Controle Jurisdicional dos Atos Discricionários e Legitimidade.....	206
6.6 A Dimensão do Político no Controle Jurisdicional Garantista da Discricionariedade Administrativa.....	210
6.7 As Funções Administrativa e Judicial segundo o Modelo Garantista.....	213
7. CONCLUSÕES	221
8. BIBLIOGRAFIA	231

INTRODUÇÃO

O tema concernente ao controle jurisdicional a ser exercido sobre a atividade discricionária administrativa e a sua dinâmica na conjuntura atual, vêm se constituindo em um dos problemas centrais dentro das formas de atuação do Poder Público frente à Sociedade Civil.

Disso também decorrem conseqüências relevantes face aos critérios que devem ser considerados para implementar uma efetiva proteção dos direitos e garantias dos cidadãos ante ao Estado. Isto se revela crucial, sempre e quando o Poder Público abusa de suas prerrogativas perante os administrados.

Justifica-se essa afirmação, no âmbito administrativo, pelo fato de que, conforme assevera Di Pietro¹, é precisamente a Administração Pública quem executa automotivadamente os desideratos do ordenamento jurídico. É portanto, dentro dos parâmetros do Direito, que se implementam os projetos de atendimento das necessidades coletivas. Isto tudo se materializa, seja na prestação de serviços públicos, na fiscalização das atividades dos agentes privados, na intervenção nessas

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, p. 48-56.

atividades, seja na regulamentação da maioria dos direitos dos cidadãos, sempre e quando tal medida seja considerada necessária, vale dizer, discricionariamente.

É justamente em virtude de todo esse complexo de funções que são levadas a cabo em um Estado de Direito, portanto, um Estado onde o próprio Poder Público se submete a um ordenamento normativo, que desponta hoje uma série de questionamentos quanto às suas prerrogativas especiais. Nesta medida, o principal desafio refere-se ao equacionamento da potestade estatal em frente aos direitos individuais e coletivos dos cidadãos.

Se, por um lado, a Administração Pública se reveste de um poder decorrente da soberania estatal que lhe confere certa autoridade na sua interação com os administrados e certa liberdade de ação, por outro lado, o Estado, detentor desta administração, também é um ente sujeito a direitos e obrigações. Este fato o torna passível de responder judicialmente por seus atos sempre que extrapole essa mesma prerrogativa de autoridade que o Direito possa vir a conferir-lhe.

É precisamente nesse ponto de equilíbrio que a discricionariedade administrativa se situa, ou melhor, procura situar-se, na medida em que consiga, de fato, encontrar um ponto de equilíbrio ideal. Isto porque a discricionariedade consiste, sob certo aspecto, numa faculdade

outorgada à autoridade pública para que, naquelas circunstâncias onde a norma jurídica determine explícita ou implicitamente, ela possa agir com certa liberdade de escolha frente às medidas a serem adotadas, desde que em consonância com os parâmetros normativos.

Por essas razões é que o órgão jurisdicional deverá observar, no momento de apreciar tais atividades, se poderá ou não, adentrar em aspectos sejam eles políticos, econômicos ou então, eminentemente administrativos, por exemplo, que possam estar justificando tais opções discricionárias. Ocorre que tais opções podem estar corretas apenas em termos estritamente legais. Esta possibilidade de controle jurisdicional, durante muito tempo se apresentou como barreira inquestionável por pressupor uma ingerência entre os poderes do Estado, neste caso, do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo.

Contudo, começa a ser discutida, na doutrina e jurisprudência brasileiras, a viabilidade de tais apreciações jurisdicionais pela via do que possa ser considerado razoável, proporcional ou moral, por exemplo, mas sem haver ainda parâmetros de legitimidade mais seguros para tais julgamentos.

Se essa questão for observada do ponto de vista histórico, o caminho percorrido pela atuação discricionária do Poder Público pode ser traçado a partir do contexto do chamado Estado de Polícia, mais

especificamente, nos estados absolutistas do século XVII e meados do século XVIII. Neste contexto, a atuação discricionária estatal era ampla, quase que sem freios legais. Logo a seguir, passou-se para o contexto do chamado Estado de Direito, após as revoluções burguesas, limitadoras da ação discricionária do Poder Público. A partir de então, teve ele que enfrentar toda uma gama de contradições frente à necessidade de conciliar a supremacia inerente ao Estado com os direitos e liberdades dos cidadãos, conquistados nessas revoluções. A referência diz respeito às revoluções inglesa de 1689; americana, de 1776 e francesa, de 1779.

Paulatinamente, à medida que as instituições estatais pós-revolucionárias começaram a estabelecer limitações concretas aos direitos dos grupos sociais majoritários, e isto verificou-se em diferentes épocas e lugares, é que surgiu um modelo estatal concebido como Estado Constitucional de Direito, na acepção adotada pela Teoria do Garantismo².

Isso significa, em primeiro lugar, que esse modelo estatal não é aquele que apenas se submete às leis do ponto de vista puramente formal como no Estado Liberal clássico, ou que se proclama democrático porque atende sempre às decisões da maioria, como ocorre

² Notadamente, a partir do surgimento do chamado Estado Social de Direito, em meados do século XX. Este fenômeno será melhor elucidado ao longo desta tese.

na concepção utilitarista desse Estado Liberal.

Ao contrário disso, o Estado Constitucional de Direito descrito pela teoria garantista, atende a um modelo político-jurídico estruturado em três fatores básicos: a) a efetiva supremacia constitucional e, portanto, a dos direitos fundamentais, sejam eles individuais ou sociais; b) a consagração do princípio da legalidade numa acepção mais ampla, ou seja, considerando-se o submetimento efetivo ao Direito (e não apenas à lei, considerada em sentido estrito) de todos os poderes públicos; c) a funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia do desfrute dos direitos de caráter individual e à implementação concreta dos direitos sociais, e não apenas a sua observância meramente formal³.

Efetivamente, é sob a perspectiva do garantismo e seu modelo estatal ao qual se entende adequar-se o ordenamento constitucional brasileiro, que se formulará, então, uma proposta de controle jurisdicional da atividade discricionária administrativa.

X O objetivo dessa proposta, apoiada sob um embasamento garantista, é o de que esta teoria possa servir como marco legitimador desse tipo de controle jurisdicional sobre a atividade discricionária do Poder Público. Visa-se com isto, abandonar definitivamente a

³ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho*. p. 37.

abordagem estritamente legalista, passando-se a observar, a partir dessa nova matriz epistemológica, uma diretriz jurídico-política baseada na centralidade do cidadão frente ao poder estatal.

À fim de que se possa levar a efeito essa tarefa, observar-se-á o seguinte encaminhamento: em primeiro lugar e através de uma remissão histórica, se mostrará o desenvolvimento das diferentes concepções e técnicas de controle da discricionariedade administrativa nas diversas formas de Estado que se sucederam no tempo⁴.

Isso tudo será realizado a partir de um período da História onde mais claramente se vislumbra uma atividade administrativa estatal sujeita a certas formas de controle, mais precisamente, a partir da Idade Moderna. Entretanto, algumas interpolações referentes a épocas anteriores a esta, serão efetuadas sempre que for necessário um melhor esclarecimento sobre as origens ou influências de alguns institutos ou teorias relevantes.

Através desse percurso, chegar-se-á ao Estado Constitucional de Direito e sua configuração jurídico-política que lhe é descrita pela

⁴ A relevância de um estudo sobre períodos históricos tais como o Moderno, devê-se, entre outras razões, ao fato de que é nessa época que ganha uma projeção maior o movimento iluminista. Ocorre que, são precisamente os valores iluministas que em grande medida vieram a embasar os direitos fundamentais constitucionais. Estes valores decorrentes de tais direitos são os que, conforme se observará, estruturam e legitimam a noção garantista de validade normativa. Tal noção de validade, por sua vez, será aqui tratada como forma mais adequada de conciliar a utilização dos princípios constitucionais no controle dos atos estatais discricionários. Além dessas razões mais prementes, entende-se que a pesquisa histórica melhor delimita a abordagem dos temas desenvolvidos na medida em que lhes confere um horizonte de análise mais amplo e elucidativo. Tal metodologia auxiliará na construção de certos modelos descritivos tais como os do Estado Constitucional de Direito elaborado por contraposição histórica ao modelo do Estado Liberal ou Legislativo.

teoria garantista. Será neste ponto do estudo onde se irá proceder também, a uma análise da relação entre a democracia e este modelo estatal, bem como seus fundamentos jurídicos e os valores sob os quais ele se estrutura.

Serão, precisamente, as bases valorativas do Estado Constitucional que irão abrir caminho para, a seguir, poder-se investigar um tipo específico de normas jurídicas que nos atuais ordenamentos constitucionais operam, fundamentalmente, apoiadas na sua carga axiológica.

Trata-se dos princípios de direito e dentre eles, os princípios constitucionais, os quais, no atual contexto normativo, revelam-se como instrumentos decisivos para assegurar o controle dos atos administrativos discricionários. Assim, serão analisados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que juntamente com o princípio da moralidade, embora muito invocados para tal tipo de controle jurisdicional, apresentam incompatibilidades com a atual sistemática de controle sobre a validade desses atos estatais.

Entretanto, para poder-se enfocar a forma de incidência dos princípios de direito público, se fará necessário, antes, abordar o tema dos princípios de direito como um todo. Isto porque, para poder-se entender a forma de atuação destas normas, torna-se necessário

conhecer os seus principais atributos que as distinguem das demais prescrições do ordenamento jurídico.

O ponto culminante dessas análises será a delimitação da operatividade dos princípios de direito frente às normas comuns, também denominadas regras, conforme a classificação de Aléxy⁵. Neste ponto, será ressaltada a forma de incidência dos princípios a qual se manifesta em função do seu *peso* valorativo e otimização, em contraposição ao caráter axiologicamente neutro e rigidez das regras.

Como passo seguinte, serão estabelecidas as diferenças entre princípios de direito em geral e princípios gerais de direito administrativo bem como o papel destes, dentro do ordenamento constitucional, para efeitos de controle dos atos do Poder Público.

Tais questões serão cotejadas com algumas das atuais polêmicas doutrinárias entre autores brasileiros e espanhóis⁶, a respeito do controle jurisdicional da atividade discricionária administrativa, a fim de verificar quais são os atuais parâmetros traçados nesta problemática. Acompanhando as análises sobre este tema, serão vistos, a título de ilustração, alguns dos atuais posicionamentos jurisprudenciais.

⁵ Segundo Aléxy, tanto as regras (leis em sentido estrito e atos normativos) quanto os princípios são espécies do gênero norma, posto que ambos determinam o que deve ser. Assim, a diferença entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas. ALÉXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. p. 82-87.

⁶ A opção por autores espanhóis que tratam desse tema deve-se aos recentes avanços a esse respeito que vem ocorrendo, tanto na doutrina quanto na jurisprudência da Espanha. Estes estudos sobre o controle jurisdicional da atividade discricionária administrativa, destacam-se do restante da Europa, além de exercer notável influência na doutrina e jurisprudência brasileiras, conforme se verá.

denciais sobre a aplicabilidade dos princípios constitucionais no controle de atos administrativos discricionários, no ordenamento jurídico brasileiro.

Contando, então, com um instrumental principiológico devidamente caracterizado, será equacionada a sua operatividade, mostrando-se a inadequação da concepção tradicional de validade dos atos administrativos com a forma de subsunção destes aos princípios constitucionais no controle da atividade discricionária do Poder Público.

Tais análises, indicarão a necessidade de reformular as noções de validade, vigência e eficácia dos atos administrativos. Além disso, será desenvolvida uma concepção de justiça normativa como parâmetro de legitimidade do controle jurisdicional garantista da atuação discricionária do Estado.

Com base nessas reformulações, tendo sido apresentada a noção garantista da válidade, vigência eficácia e justiça das normas, propor-se-á um tipo de controle jurisdicional, à base desta teoria, o qual, segundo se entende, está melhor adequado à crescente utilização dos princípios constitucionais para fins de controle da atividade discricionária estatal. Além disto, conforme se verá, o enquadramento deste tema sob este novo enfoque, melhor elucidará as dimensões do Político e do Moral para efeitos de atuação jurisdicional.

A metodologia de investigação a ser utilizada se concretizará através do método indutivo, sob o suporte da técnica de pesquisa bibliográfica e com o auxílio da técnica da especificação de categorias teóricas e seus conceitos operacionais.

O autor isenta a UFSC e os integrantes do CPGD e da Banca Examinadora quanto ao enfoque teórico e ideológico constante da presente tese.

A seguir, são apresentados os conceitos operacionais propostos para as principais categorias teóricas deste trabalho.

Faz-se mister salientar que estes conceitos operacionais não pretendem esgotar o significado das definições aqui desenvolvidas e sim dar uma idéia adequada destas para os fins do que será exposto⁷.

Administração Pública - deve-se entender por esta expressão, o conjunto de atividades inseridas no âmbito do Poder Executivo, as quais dinamizam a burocracia e a organização interna do Estado. Estas atividades, que também se irradiam no âmbito externo estatal, nele se materializam da seguinte forma: a) intervenção direta na esfera econômica, quando exerce atividade industrial via empresas estatais (por exemplo, art. 173 da Constituição Federal); b) fomento ou intervenção indireta nesta esfera através da atividade fiscal e extrafiscal. Esta última pode

⁷ A tese, neste aspecto, foi elaborada tendo em vista as indicações metodológicas de ECO, Humberto. *Como se faz uma tese e PASOLD*. Cesar Luiz. *Prática da Pesquisa Jurídica*.

ser exemplificada na possibilidade de alteração das alíquotas de certos tributos visando estimular ou não certas atividades econômicas (§ 1º do art. 153 da Constituição Federal). Ainda a respeito dessa intervenção indireta, pode-se mencionar a possibilidade de emissão, circulação e estipulação do valor da moeda conforme pode-se depreender da disposição constitucional estatuída no seu art. 164 e parágrafos; c) execução direta ou indireta de serviços públicos para a população (art. 175 da Constituição Federal); d) exercício do poder de polícia⁸ visando regulamentar as liberdades públicas.

É claro que estas atividades, no contexto de Estados cada vez mais complexos⁹, não resumem todas as funções administrativas.

É por isso que a atividade administrativa também pode ser identificada por exclusão com respeito às funções perspicuas dos poderes Legislativo e Judiciário. Assim sendo, tal constatação não significa que estes poderes não desempenhem, também, atividades administrativas (basicamente em caráter interno). Em síntese, pode-se dizer que, dada função estatal, ao não estar ligada precipuamente às

⁸ Segundo Ruy Cirne Lima, chama-se de polícia, a intervenção reguladora da Administração Pública. Esta ocorrerá desde que reclamada pelas próprias contingências do tempo e do espaço e do convívio em sociedade, para tornar possível o exercício dos direitos individuais concorrentemente assegurados a todos os nacionais e estrangeiros residentes no país. CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*, p. 106. A respeito da definição legal de poder de polícia, conferir o art. 78 do Código Tributário Nacional.

⁹ Conferir a noção sociológica de complexidade nos atuais procedimentos decisórios da Administração em LUHMANN, Niklas. *Legitimação Pelo Procedimento*, p. 163-176.

atividades legislativa ou judiciária, estará ligada ao âmbito administrativo.

Atos Administrativos - estes atos são concebidos como instrumentos de veiculação da manifestação do *dever-poder* dos agentes públicos na implementação de providências administrativas e sujeitos a parâmetros normativos superiores quanto à sua expedição e abrangência.

Os atos administrativos estruturam-se em torno dos elementos: forma e conteúdo, além dos pressupostos: motivo, sujeito competente, causa, finalidade e objeto, todos eles devendo estar em consonância com o que as normas superiores determinam.

Quando se trata de classificar os atos administrativos quanto ao grau de liberdade que possui o seu emissor para expedi-los ou não ou ainda de que maneira, a doutrina classifica estes atos em discricionários e vinculados. Afirma esta que quando puramente discricionário, o ato não poderia ser atingido pelo exame judiciário, ou pelo menos, naquilo que se chama de *mérito*¹⁰ administrativo e que consiste no julgamento da

¹⁰ Esse conceito de "mérito" (juízo de conveniência e oportunidade desencadeador da expedição de um dado ato administrativo discricionário) apresenta-se hoje como idéia superada. Isto ocorre, na medida em que, inúmeros outros termos, tais como, "urgência", "necessidade", "relevância", "interesse público", dentre outros, também se relacionam com a idéia de discricionariedade. Devido a isto, as correntes doutrinárias atuais, tentam equacionar tais termos no campo dos chamados "conceitos indeterminados". A partir deste novo enfoque, discute-se a sua conexão com a discricionariedade, bem como a possibilidade de tornar tais conceitos imprecisos em conceitos determináveis ou objetivos. Estas questões serão devidamente analisadas no capítulo V, item 5.3 deste trabalho.

oportunidade e conveniência para praticar ou não um ato ou escolher uma ou outra medida a ser implementada¹¹.

Em verdade, os atos emanados do Poder Público em geral, nunca se apresentam como totalmente discricionários. A esse respeito, afirma Bandeira de Mello¹², que todos os atos estarão sempre vinculados à lei e, portanto, à apreciação judicial quanto aos aspectos do fim e da competência, ou seja, com relação a quem é competente para a prática do ato e a finalidade que sempre deve ser a de atender o interesse público.

Uma liberdade maior de agir é, portanto, o atributo básico dos atos administrativos discricionários em contraste com outra das características das quais eles se revestem, qual seja, a vinculação. Esta se caracteriza como a impossibilidade de agir com margens de escolha frente às medidas a serem tomadas, posto que nesses casos, a lei é clara e taxativa com relação ao procedimento a ser adotado.

Os atos vinculados são inteiramente passíveis de exame pelo juiz, na medida em que a sua conformação está estritamente regulada por lei, único aspecto em que o Judiciário, em tese, poderia intervir no que se refere à apreciação da conduta do administrador público. No que

¹¹ A esse respeito, Seabra Fagundes afirma que o mérito, está no sentido político do ato administrativo, caracterizando exercício regular da discricionariedade. FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, p. 127.

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 203.

diz respeito ao ato vinculado, não existem ou não são relevantes os elementos volitivos que motivam o ato discricionário por parte do agente que expede a medida.

Todos esses postulados a respeito dos limites de intervenção judicial no exame dos atos discricionários vêm sofrendo várias reformulações, tanto doutrinárias quanto na esfera jurisprudencial. Neste trabalho, privilegiar-se-á uma abordagem garantista no que se refere a esse tipo de controle por entender-se que será a partir do desenvolvimento de parâmetros oriundos dessa teoria jurídico-política, que se encontrará, numa conjuntura social que vise a valorização da cidadania, o tipo de controle jurisdicional necessário e atual para os atos do Poder Público.

Direitos Fundamentais - entende-se que são aqueles direitos que impõem limitações, além de demandar providências, legitimados pela soberania popular¹³, aos poderes estatais que efetivamente deles dependem. A eficácia destes direitos é assegurada por garantias tais como as processuais, das quais são exemplos os *writs* constitucionais e garantias institucionais, representadas pelos diversos órgãos do Estado encarregados de velar por eles, como o Poder Judiciário, o Ministério Público, as Defensorias Públicas, dentre outros.

¹³ Conferir o art. 1º, parágrafo único e art. 14 da Constituição Federal.

Como decorrência disso, apresentam, tais direitos, um caráter jurídico-constitucional, estando positivados ao longo do texto da *Lei Maior* e referidos sempre a princípios¹⁴.

Com respeito ao seu caráter fundamental, este reside na constatação de que se trata de direitos sem os quais a pessoa humana não se realiza, não convive e até não sobrevive. Além do mais, por serem direitos do homem, no seu sentido genérico, devem ser eles, reconhecidos a todos por igual, não simplesmente em caráter formal, mas concretamente realizados¹⁵.

Em termos históricos, encontra-se a sua primeira manifestação em caráter de universalidade, na Declaração dos Direitos do Homem, oriunda da Revolução Francesa de 1789¹⁶, e cujo embasamento ideológico encontra-se vinculado, principalmente, ao iluminismo racionalista do século XVIII.

Os direitos fundamentais, gradativamente, se institucionalizaram nas cartas constitucionais em sucessivas ordens, sendo que

¹⁴ Conferir DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 163. A respeito da sua referência a princípios, entende-se aqui que nem todos os direitos fundamentais atendem a este modelo normativo. Observe-se, por exemplo, o inc. XI do art. 5º da nossa Constituição Federal, o qual apresenta na segunda parte da sua redação, hipótese específica o que não é condizente com a amplitude de generalidade e abstração que os princípios exigem. Este tipo de norma é chamada por Aléxy de *princípios-regra* por apresentarem características de normas comuns. Conferir ALÉXY, Robert. *Op. cit.*, p. 82-103.

¹⁵ Conferir DA SILVA, José Afonso. 1992, p. 164.

¹⁶ Conferir BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, p. 516.

até o momento, conta-se com direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração.

Os direitos de primeira geração, correspondem aos de liberdade, cujo titular é o indivíduo separadamente considerado, caracterizados estes como direitos de resistência, oponíveis aos abusos do Estado.

Pode-se observar, nesta primeira fase, a sua total pertinência com um modelo de Estado Liberal, cuja atuação se restringe, basicamente, à proteção das liberdades civis e políticas do cidadão.

Os direitos de segunda geração, são os direitos sociais ou coletivos, de índole cultural¹⁷ e econômica, cuja predominância e consolidação verifica-se mais nitidamente em meados do século XX. A emergência dos direitos sociais, por sua vez, conjuga-se plenamente com os postulados de igualdade material, já proclamados na declaração de 1789.

Ao contrário dos outros direitos que na primeira geração legitimavam, mais do que tudo, uma abstenção do Estado, ao considerá-lo um mero protetor das liberdades individuais, os direitos sociais pressupõem uma intervenção estatal que se concretiza no Estado Social. Deste modelo estatal, passaram a exigir-se providências efetivas, a fim de reduzir as desigualdades sócio-econômicas entre os cidadãos, além de garantir o acesso, por igual, à saúde, à educação e à cultura.

¹⁷ Por direitos de índole cultural, entende-se serem aqueles que visam outorgar à pessoa, o livre acesso à educação e as diversas formas de manifestação cultural que no seu meio se produzem.

Os direitos de terceira geração são aqueles que, por terem como destinatário todo o gênero humano, visam, desde o fim do século XX, consolidar não apenas a proteção de indivíduos isoladamente considerados ou então, de um grupo ou coletividade, mas sim a humanidade como um todo, sem considerar, portanto, um detentor específico.

São chamados tais direitos de difusos, exatamente por não terem um destinatário determinável e dizerem respeito a toda a espécie humana. O exemplo mais significativo destes, observa-se no direito a um meio ambiente ecologicamente sadio, tal qual prescreve a Constituição Federal nos artigos 24, VIII; 170, VI; 225 e parágrafos, dentre outros.

São direitos de quarta geração, os direitos à democracia, tal qual o consagra o artigo 1º da Constituição Federal, como único regime político capaz de harmonizar-se e com todos os outros direitos, posto que, estes últimos *“ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se com mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico”*¹⁸.

Mais adiante, ao tratar-se da relação entre o Estado Constitucional e a democracia, se irá observar que em realidade,

¹⁸ Conferir BONAVIDES. Paulo. 1998, p. 525.

verifica-se uma ordem de exigências recíprocas entre o Estado, demarcado nos seus poderes e cujo principal desiderato é a garantia de direitos, e o seu regime político que orienta a forma de exercício e distribuição das suas prerrogativas de atuação.

Discricionariedade - considera-se que esta assume um caráter mais amplo do que o aspecto puramente jurídico, indo além dos conceitos formulados, exclusivamente, na esfera do Direito Administrativo. Tal entendimento deriva das digressões de Diogo Figueiredo¹⁹, o qual afirma a descendência do tema sobre a discricionariedade de considerações de Direito Político²⁰ e abrangendo as seguintes dimensões: poder discricionário, enquanto modo de atuar do poder estatal; atividade discricionária, enquanto função estatal e expressão dinâmica desse mesmo poder e finalmente, como ato discricionário²¹, como o resultado adequado ao exercício dessa função e quando referida ao âmbito da atividade administrativa estatal.

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*. p. 36.

²⁰ A delimitação da esfera do Político no Direito será tratada a partir do item 3.9 desta tese, sendo um dos objetivos deste estudo.

²¹ Nesta aceção pode-se enquadrar, inclusive, os atos políticos ou de governo que se diferenciam dos atos administrativos, fundamentalmente, pela sua natureza funcional, ou seja, por estarem ligados a decisões de ordem política. Estes são considerados por MEDAUAR, Odete. *O Controle da Administração Pública*, p. 175, como espécie do gênero ato administrativo. Outra característica própria, é o fato de provirem da autoridade ou órgão mais alto do Executivo e de produzirem efeitos externos já que os seus destinatários, regra geral, são outros poderes públicos, outros Estados ou mesmo organismos internacionais. Exemplos destes atos são: apresentação ou retirada de projeto de lei; sanção, promulgação e publicação de leis; convocação extraordinária do Congresso Nacional; veto a projeto de lei; celebração de tratados internacionais; convenções etc.

Por entender-se dessa forma, é que tratar-se-á deste tema sem ater-se ao âmbito exclusivo de análise dos atos administrativos. Ao contrário disto, partir-se-á de uma contextualização histórica do Estado; das bases constitucionais que hoje o definem jurídica e politicamente e, finalmente, das formas de controle jurisdicional que se exercem sobre a discricionariedade administrativa, na qual a sistemática de controle sobre os atos administrativos é parte integrante.

Estado - este apresenta-se como fenômeno ainda mais complexo e fugidio - em termos de uma definição fechada ou exaustiva - do que o conceito de Governo. Sendo assim, entender-se-á por Estado, o fenômeno sócio-político e histórico que engloba, hoje, no mundo ocidental, não somente o Poder Executivo, o qual é composto pelas atividades governamentais e administrativas, como também os outros poderes, quais sejam: o Legislativo e o Judiciário. Este fenômeno, ao longo da história, relacionou-se de forma diversificada e muitas vezes ambígua com o entorno social o que gerou modelos estatais mais ou menos interventores nessa mesma ordem. Atualmente, na sua relação com a esfera social, o Estado vincula-se e imbrica-se com esta em um número cada vez maior de interrelações.

Contudo, a definição sociológica que ainda persiste a respeito do Estado e que o diferencia de qualquer outra associação humana é a

estabelecida por Weber. Para o autor, o Estado é um instituto político de atividade continuada e assim o será na medida em que mantenha com êxito, no seu quadro administrativo, a pretensão ao monopólio legítimo da coação física para a manutenção da sua ordem vigente²².

Garantia - esta é concebida como um macroconceito da teoria geral do garantismo. Define-se então, esta categoria, como técnica de limitação da atuação do Estado no que se refere aos direitos fundamentais de liberdade (como são, por exemplo, os direitos e deveres individuais constantes no art. 5º e incisos da Constituição Federal) e de outra parte, como técnica de implementação no que se refere aos direitos sociais (como, por exemplo, os direitos elencados nos arts. 6º e 7º da mesma constituição).

Nessa perspectiva, o garantismo, como teoria que tem por objeto as garantias, tanto pode estar referida a uma organização jurídica como também a um determinado posicionamento assumido pelos seus diversos operadores na sua atividade de aplicação ou modificação do Direito. Uma organização jurídica será garantista, quando possuir estruturas e institutos aptos a oferecer reparo, sustentação e defesa das liberdades individuais e dos direitos sociais. De outra parte, um operador do direito será garantista quando dedicar a sua atividade ao

²² WEBER. Max. *Economia y Sociedad*. p. 43.

aumento da eficácia e do número de estruturas e instrumentos constantes do ordenamento jurídico para tutelar e promover estas mesmas liberdades e direitos²³.

Governo está entendido na sua aceção mais comum e contemporânea, posto que constitui-se em fenómeno variável e complexo ao longo da história das instituições políticas. Não existe, até hoje, uma definição a este respeito única ou exaustiva. Para os fins deste trabalho, Governo será considerado o aspecto político da atividade exercida no âmbito do Poder Executivo, ou seja, o aspecto estatal, dentro deste poder, que engloba as decisões fundamentais adotadas em caráter independente para a vida da coletividade, fruto de um projeto de Sociedade.

A fim de tornar mais clara uma divisão entre atividade política e atividade administrativa, pode-se considerar as ponderações de Heller²⁴, segundo o qual a primeira atividade se perfaz como poder social variável conforme as mesmas circunstâncias sociais. Ao diferenciar *atividade política* de *atividade administrativa*, o autor afirma que a primeira dirige ou conduz e não executa (esta última é tarefa administrativa). É o depositário do poder político e somente ele quem

²³ Conferir a respeito dos conceitos de teoria geral do garantismo e de garantia: PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *Op. cit.* p. 32-50 e CADEMARTORI, Sergio. *Estado de Direito e Legitimidade*. p. 84-87.

²⁴ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*, p. 247.

pode provocar mudanças essenciais na divisão do poder estatal, no interior ou no exterior, sempre embasado em decisões de caráter autônomo.

A atividade administrativa restringir-se-á aos órgãos estatais, sempre subordinados de forma hierárquica que realizarão as suas atividades segundo normas precisas.

Isso não significa que essas atividades sejam, no plano empírico, exercidas em compartimentos estanques. Deve-se salientar que não se verifica, na realidade, uma separação rígida de atividades administrativas e de governo já que estas coexistem, inclusive, na cúpula do Poder Executivo. Em verdade, no desempenho das suas funções, ocorre no Executivo uma condensação de atividades de Governo e de Administração, evitando-se, assim, uma atuação governamental puramente política de um lado, e por outro, uma atuação administrativa puramente burocrática²⁵.

Poder Público - este é definido como a esfera da atividade estatal que através dos seus poderes instituídos, interage na ordem social com as prerrogativas que lhe são conferidas pelo ordenamento jurídico, o qual deve visar sempre, na sua atuação, o interesse público. Como ao longo deste estudo o poder estatal privilegiado para análise

²⁵ Conferir a respeito dos conceitos de Administração Pública e Governo. MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, p. 45-48 e BOBBIO, Norberto *et. al. Dicionário de Política*. verbete: Governo.

será o Executivo, o termo Poder Público será usado - na maior parte das vezes - como sinônimo de Administração Pública.

Sociedade Civil - entende-se, segundo o pensamento de Gramsci traduzido por Bobbio, o mundo das auto-organizações, por Gramsci denominados de aparelhos privados de hegemonia. Ou seja, os partidos de massa, sindicatos e associações em geral. Estes se apresentam como resultantes da socialização da política. A sociedade civil é o verdadeiro centro, o teatro de toda a história compreendendo o conjunto das relações materiais entre indivíduos numa arena de disputas (espaço público) onde os diversos grupos lutam para conquistar a hegemonia vale dizer, a direção política do Estado²⁶.

Teoria Geral do Garantismo - entende-se a teoria do Direito e da Política que do ponto de vista jurídico, estuda os conceitos e categorias gerais do Direito sem desconsiderar a sua realidade externa. Nesta linha de compreensão, afirma-se que as normas jurídicas não são concebidas como simples equações ou fatores neutros e sim como cadeias de argumentação que sempre traduzem valores ideológicos e interesses sociais, políticos, econômicos e culturais. Desta maneira, são as condições externas, ou seja, as que advêm do entorno social, que outorgam sentido às normas, perpassando todo o Direito.

²⁶ BOBBIO, Norberto. *O Conceito de Sociedade Civil*. p. 31-53.

Portanto, a conexão com o social realizada por esta teoria, não cumpre apenas uma função supletiva das análises por ela efetuadas, muito pelo contrário. Este tipo de conexão passa a ser fundamental como elemento definitivo no estudo do Direito, já que este surge, inevitavelmente, conectado com o histórico, o social e o modelo constitucional, sendo que a vinculação com o externo deriva da influência de interesses e valores socialmente relevantes que incidem no ordenamento jurídico.

Isso tudo não implica confundir ou reduzir a um só fenômeno, normas, valores e fatos. Com efeito, sabe-se desde Kelsen²⁷, ser impossível a completa identificação entre realidades normativas e realidades fáticas, ou seja, entre os planos do *ser* e do *dever ser*. Entretanto, tal constatação não impede a contínua aproximação entre os mesmos. A impossibilidade de coincidência plena entre estes planos da realidade não significa que seja impossível estabelecer conexões entre eles, vale dizer, vedar a comunicação entre argumentos axiológicos, deontológicos e fenomenológicos. Ocorre que, relação entre eles existe, conforme será visto ao longo deste estudo. Portanto, a justificativa ou crítica de alguma afirmação ou observação operada em determinado plano, não se tornará irracional pelo simples fato de que nela incidam

²⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 155-162.

elementos a ela externos, por exemplo, fatos ou valores, oriundos do âmbito social influenciando o âmbito do Direito.

Do ponto de vista político, a Teoria Geral do Garantismo visa uma análise da estrutura normativa, axiológica e institucional do Estado contemporâneo, tendo como objetivo a recuperação e consolidação das suas atividades legislativas, jurisdicionais e administrativas na medida em que elas possam ser condizentes com o que por esta teoria é concebido como Estado Constitucional de Direito. A análise deste modelo estatal não será aqui explicitada, já que será desenvolvida ao longo da tese, bem como uma melhor elucidação da dimensão jurídica e política desta teoria, naquilo que possa ser aplicado ao tema do controle jurisdicional da atividade discricionária administrativa.

CAPÍTULO I

AS BASES HISTÓRICAS E JURÍDICO-POLÍTICAS DA ATIVIDADE DISCRICIONÁRIA DO ESTADO

1.1 Considerações Gerais a Respeito do Tema

A discussão sobre o controle jurisdicional a ser efetuado na atividade discricionária do Estado já se tornou clássica dentro da Teoria Geral do Direito. Por ser assim, em princípio, tornar-se-ia difícil qualquer novo posicionamento teórico a este respeito após tantos trabalhos já publicados sobre o tema.

Entretanto, devido às constantes mudanças históricas de caráter sócio-político sofridas pelo Estado, acarretando diversos desequilíbrios tanto na sua estrutura interna (relação de força entre os poderes) como também na sua interação com o entorno social, esse tema torna-se recorrente e sempre aberto a novos debates e questionamentos.

Com o advento do Estado de Direito, oriundo das revoluções

burguesas dos séculos XVII e XVIII, já foi salientado que uma das questões centrais derivadas dessa nova realidade passou a ser o equilíbrio entre a potestade do Estado, imbuído de prerrogativas especiais sobre os cidadãos, e os direitos e garantias destes, conquistados nas citadas revoluções contra o arbítrio do poder soberano. Como principal decorrência disso, o limite da atuação discricionária estatal passou a ser uma preocupação constante entre os pensadores da época. Este problema tornou-se conexo com as digressões filosóficas a respeito do modelo político ideal para o Estado ocidental. Num primeiro momento, este apresentou-se numa versão liberal, a seguir, na esteira do pensamento socialista, descontadas as experiências totalitárias, como Estado Social e hoje, numa acepção contemporânea desse Estado de Direito, sistematiza-se nele uma série de atributos que se enquadram no que a teoria do garantismo entende ser o Estado Constitucional de Direito.

Do ponto de vista jurídico, desde meados do século XX procurou-se encontrar nos princípios de direito as principais balizas a delimitar o âmbito e a forma da atuação estatal, sendo que isto acarretou diversas teorias a respeito da melhor maneira de operar tais mandamentos.

Estes, após a sua inserção constitucional, afirmaram-se, paulatinamente, como normas, as quais na esfera do Direito Público utilizam-se, hoje mais que nunca, como parâmetros fundamentais no controle jurisdicional efetivado na atividade discricionária da Administração Pública.

A partir dessas observações, a proposta aqui desenvolvida consistirá, fundamentalmente, em adequar, dentro de uma teoria do Direito e da Política que redefine o papel da validade e vigência normativas, a utilização desses princípios em consonância com uma nova concepção destas categorias jurídicas. Isto é, de acordo com a matriz teórica do garantismo.

Tal adequação será procedida por entender-se que a forma de verificação da observância ao ordenamento jurídico dos atos discricionários, através da utilização dos princípios constitucionais, mostra-se incongruente com o atual sistema jurisdicional de controle de tais atos.

Tal se observa, na medida em que, utiliza-se o instrumental dos princípios, os quais operam em função do seu conteúdo valorativo, para auferir a validade dos atos estatais, considerando esta validade como observância destes ao ordenamento jurídico no seu aspecto eminentemente estrutural²⁸.

A fim de superar-se tal contradição, propor-se-á a adoção de um conceito de validade centrado, substancialmente, nos direitos funda-

²⁸ Segundo a concepção vigente, o ordenamento jurídico constitui-se num complexo de normas encadeadas por uma relação de fundamentação ou derivação, constituindo uma "estrutura normativa específica". Sob este aspecto estruturalista, o ordenamento jurídico é visto como a reunião de normas vinculadas entre si por uma fundamentação unitária. Como consequência disto, uma norma é válida quando criada de acordo com o procedimento previsto em outra de grau superior, o que acarreta duas consequências básicas: A) a exigência de compatibilidade entre as normas pertencentes a um mesmo ordenamento; B) a exigência de uma norma suprema que fundamente a validade de todas as outras. Conferir a este respeito AFTALIÓN, Enrique, OLANO, Fernando García e VILANOVA, José. *Introducción al Derecho*, p. 194-195.

mentais, tal como o define a teoria do garantismo. Esta redefinição tornará logicamente coerente a utilização dos princípios constitucionais como instrumentos de controle da validade dos atos discricionários. Assim, o âmbito estrutural dos atos estatais passará ao campo da vigência normativa, esta sim, vista como categoria jurídica axiologicamente neutra.

De outra parte, a retomada da dimensão axiológica do Direito, ao redefinir-se o conceito de validade, funcionará também como maneira de estabelecer a conexão necessária entre o Estado materialmente sujeito à Constituição, tal qual hoje é concebido nas doutrinas publicistas mais atuais, e seus efetivos reflexos nas delimitações e atribuições traçadas para as condutas do Poder Público na sua interação com os cidadãos e com os grupos sociais organizados.

1.2 Considerações Históricas sobre o Direito Administrativo

Para um melhor entendimento sobre essa temática, revela-se necessário um sucinto retrospecto sobre as bases legais e doutrinárias que embasam a ação administrativa estatal, ou seja, parte daquilo que compõe o Direito Administrativo.

Com relação à origem de um Direito Administrativo, entendido, para efeitos desta breve retrospectiva histórica, como o conjunto de normas legais e princípios que regulam as atividades da Administração Pública, Zanobini menciona a lei do 28 *Pluviose* do ano VIII (1800), na França da era napoleônica, como o ato que lhe dá nascimento²⁹.

O que embasa essa afirmação, é que a citada lei deu à Administração francesa uma juridicidade na sua organização e tornou os seus preceitos obrigatórios no âmbito social. Esta lei tratava da organização administrativa do Estado francês e também sobre a maneira de solucionar os eventuais litígios que pudessem surgir contra a Administração Pública.

No seu aspecto organizativo, são dois os princípios basilares da referida lei: o da *hierarquização* e o da *centralização*. Decorrente do primeiro princípio, obteve-se pela primeira vez, uma divisão clara entre o agente que exercia funções políticas e o funcionário que exercia a atividade puramente administrativa e que se encontrava subordinado àquele³⁰.

²⁹ ZANOBINI, Guido. *Curso de Derecho Administrativo*, p. 56-57.

³⁰ A propósito disto, a doutrina pátria diferencia o agente público que é gênero do qual os agentes políticos, agentes administrativos (que antigamente eram chamados de funcionários e após a Constituição de 1988 chamados de servidores), agentes honoríficos e outros são espécies. Os agentes políticos caracterizam-se, principalmente, pela independência de atuação e pelo poder hierárquico que, dentro de parâmetros estritamente normativos, exercem sobre os agentes administrativos, também chamados de servidores públicos.

A justificativa do segundo princípio (centralização), baseava-se na necessidade de abolir a “desordem” que ocorria na França em função, ainda, dos efeitos da recente revolução burguesa de 1789. Somava-se a isso, a tendência centralizadora de Napoleão que visava um novo modelo de Estado pós-revolucionário, baseado em uma administração “fortalecida” no sentido do exercício de poder sobre os administrados.

Nesse sentido, a diferença fundamental com o modelo estatal anterior, de cunho absolutista, seria que, nele, o poder soberano do monarca, vale dizer, do próprio Estado, não estava sujeito às leis, gozando de prerrogativas discricionárias sem limites (o que no contexto atual seria arbitrariedade mas naquela época, por estar legitimada a sua prática, era chamada de atuação discricionária). No contexto napoleônico, no entanto, apesar de haver um poder central fortalecido e com certa discricionariiedade no desempenho das funções administrativas, foram fixados limites legais ao desempenho destas funções aos quais nem o soberano estava imune.

Após a edição da citada lei de 1800, assistiu-se ao surgimento de diversos manuais e obras sobre a matéria, como a de Romagnosi, na Itália (1814) ou Macarel, na França (1818). Um ano mais tarde, em 1819, criou-se em Paris a cátedra de Direito Público e Administrativo³¹.

³¹ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*, p. 11.

Dentro desta visão histórica, o Direito Administrativo parece ter uma origem datada e apresentar um corte radical com relação à situação histórica anterior ao século XIX. No entanto, esse entendimento não é pacífico, havendo discrepâncias na doutrina quanto ao fato de ter havido, com o surgimento do Direito Administrativo no século XIX, uma ruptura total com o passado. Não obstante isto, segundo algumas doutrinas, haveria uma linha de continuidade e não ruptura com os modelos administrativos de outras épocas.

Aderindo ao primeiro entendimento, encontra-se Prosper Weil, afirmando que entre a Revolução Francesa de 1789 e o fim do Segundo Império, o direito administrativo *emerge lentamente do nada*³² ou seja, advoga um divisor de águas entre o que se tinha no Estado absolutista e o que surge no novo Estado gerado pela revolução francesa. Nessa linha também encontra-se Jean Rivero, o qual ao falar do modelo administrativo estatal que advém da Revolução francesa, faz menção à uma obra de destruição nos seguintes termos:

*A quase totalidade da administração do Antigo Regime desaparece. É pelo menos na aparência a tábua rasa, a ruptura total com o passado (...). Sobre o solo assim aplanado, vai tentar a Revolução edificar uma Administração racional, uniforme e coerente*³³.

³² WEIL, Prosper. *O Direito Administrativo*, p. 11.

³³ RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*, p. 27.

Entretanto, seguindo as lições de Medauar, a autora também mostra a linha de pensamento contrária (continuidade) através dos estudos de Jean-Luis Mestre que numa pesquisa historiográfica de textos medievais e do Antigo Regime, mostra que também nessas épocas havia uma sujeição estatal às normas de direito e afirma que o que ocorreu foram profundas reformas nas relações entre a Administração e os particulares que culminaram em 1789. Estas reformas contribuíram para apagar uma longa elaboração de um corpo normativo de caráter administrativo que foi desenvolvido entre os séculos XI e XVIII. Para Mestre, as reformas é que passaram a identificar o Antigo Regime com o reino do arbítrio administrativo³⁴.

A discussão a respeito da ruptura com o passado ou a continuidade com este, no Direito Administrativo, não se esgota nestes autores e não apresenta, pelo menos até o presente momento, uma solução definitiva. No entanto, conforme será mostrado ao ser traçado como ponto de partida histórico, o Estado de Polícia que emerge no final do século XVI e se estende até meados do século XVIII, a teoria da continuidade mostra-se mais pertinente. Investigando-se as técnicas de controle dos atos estatais que se desenvolveram na Idade Moderna (*Teoria do fisco*) e mesmo em períodos anteriores, (*Teoria medieval da*

³⁴ MEDAUAR, Odete. 1992. p. 13-20.

Coroa) constata-se a existência de diretrizes racionais que já orientavam a atividade administrativa do Estado nessas épocas. Tais teorias serão melhor analisadas ao longo deste capítulo. Ao cabo desta investigação, poder-se-á dizer que o Direito Administrativo não surgiu “do nada” a partir do advento do Estado de Direito, havendo formas mais arcaicas que sistematizavam, embora de maneira rudimentar, certas atividades do soberano ligadas aos interesses dos súditos.

1.3 A Discricionariedade Administrativa no Estado Absolutista

Torna-se mais nítido um estudo histórico sobre a atuação discricionária da Administração Pública e suas técnicas de controle, quando se efetua uma remissão ao Estado Moderno que se iniciou após o fim do Renascimento, no século XVI. Explica-se esta afirmação pelo fato de que foi neste novo contexto político onde, clara e indiscutivelmente, se observou uma paulatina submissão do Poder Público à lei e uma conseqüente proteção estatal aos direitos das pessoas, porém ainda em caráter incipiente.

Foi nessa primeira etapa da história, que surgiu o chamado Estado de Polícia, sob a égide das monarquias absolutistas. Neste

âmbito, o direito do rei para administrar era quase ilimitado, até porque não existia uma divisão de poderes autônomos para separar as funções estatais, estando todas elas, e a própria idéia de Estado, fundidas na pessoa do monarca.

Somavam-se a isso, vários princípios consuetudinários legitimadores como o *regis volunta suprema* (a vontade do rei é a lei suprema); *quod principi placuit legis habet vigorem* (aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei) ou *the king can do not wrong* (o rei não pode errar).

O problema central que acarretava esse modelo estatal era o de confundir as esferas do público e do privado devido à personificação que a figura real assumia sobre todo o organismo político. Foi por este motivo que as tentativas de separar estas duas instâncias, pública e privada, para com isso, conseguir uma certa institucionalização mais racional do poder, representaram uma das linhas de avanço mais significativas do pensamento jurídico e político. Esta separação serviu inclusive, para garantir a imposição do rei sobre os senhores feudais, no período anterior ao absolutismo (Idade Média), e mais tarde, para tornar possível a aparição do Estado Moderno.

1.4 A Doutrina da Coroa como Técnica de Controle da Atividade Estatal

Foram as razões, antes apresentadas, que fizeram com que, ainda no período medieval, os juristas do reino viessem a elaborar o conceito de *Coroa*, concebida como um tipo de entidade da qual o Rei era só a cabeça, posto que seus membros eram formados pelos diversos estamentos. Assim, a Coroa se constituía numa espécie de corporação na qual o Rei não era *dominus* e sim apenas *curator*.

Em outros termos, a Coroa era um centro de imputação e produção de atos de cunho jurídico-político diferenciados e superiores ao próprio Rei e expressavam, assim, a unidade do Reino³⁵.

A partir deste modelo, a Coroa passava a ser uma pessoa jurídica diferente da pessoa física do Rei o qual era somente um representante seu. Portanto, com este artifício tornava-se possível separar os bens próprios do príncipe dos bens da Coroa sendo que estes se configuravam como um dote, ou seja, um patrimônio separado que o Rei podia administrar mas não alienar e nem dispor.

Como consequência disso, entre outros efeitos, o soberano ficava impossibilitado de dividir o reino entre seus sucessores e obrigava-se a obedecer certas leis fundamentais que não podiam ser

³⁵ ENTERRÍA. Eduardo Garcia e FERNANDES. Tomás Ramón. Curso de Direito Administrativo. p. 303.

modificadas por ele à sua vontade. Apesar de tais limitações, com o advento do período absolutista, a figura do Rei tornou-se ainda mais poderosa sendo que, num primeiro momento, debilitaram-se algumas das conquistas auferidas em virtude da antiga concepção jurídica da *Coroa*, sendo, então, substituídas pelos princípios legitimadores antes mencionados.

1.5 O Iluminismo como Base Doutrinária da Limitação do Poder Estatal

Contudo, o momento culminante das monarquias absolutas veio a ocorrer com o Iluminismo e apoiou-se nas idéias de soberania e de polícia, no sentido de controle estatal sobre as atividades privadas.

Com relação ao Iluminismo, cabem alguns esclarecimentos a fim de não confundir o movimento como um todo com a sua facção revolucionária da França que culminou com a queda do absolutismo em 1789.

Além do mais, será importante delimitar melhor esse movimento, já que serão os seus valores que em grande medida, irão embasar os direitos fundamentais constitucionais que formam o atual substrato axiológico do Estado Constitucional de Direito.

Segundo esclarece Bobbio³⁶, o Iluminismo foi, antes de mais nada, um movimento de idéias cujas origens remontam ao século XV, embora tenha atingido ele, o seu apogeu, no decorrer do século XVIII, o “século das luzes”. Fundamentalmente, este movimento visava estimular a luta da razão contra a autoridade (entenda-se autoritarismo) num confronto da luz contra as trevas. Contrariamente ao que possa se pensar, este movimento não se constituiu numa escola ou corrente filosófica sistematizada e homogênea. Ele foi, ante tudo, uma mentalidade ou atividade cultural e espiritual que não se restringia aos filósofos mas espalhou-se por toda a sociedade burguesa, indo de intelectuais até alguns soberanos.

Na primeira etapa do Iluminismo, baseado acima de tudo no racionalismo, os soberanos por ele influenciados tornaram-se “esclarecidos”, gerando-se daí a designação de *despotismo esclarecido* aos reinados absolutistas de meados do século XVIII.

Foi nessa época que surgiu, sob inspiração da doutrina alemã, a teoria do fisco, teoria esta que concebia o fisco como um patrimônio separado do Rei e que, embora sua origem remonte ao Direito Romano tardio, sofreu uma reelaboração por parte dos juristas alemães do absolutismo.

³⁶ BOBBIO, Norberto *et al.* *Op. cit.*, p. 605.

Segundo essa concepção, junto ao monarca soberano distinguia-se uma segunda face: o *fisco*, que era uma *persona ficta*, ou seja, uma ficção à qual se reconhecia a condição de pessoa jurídica privada, sujeita a imputações patrimoniais, sujeita inclusive aos tribunais ordinários do Reino³⁷. Com isto, o Rei podia contratar ou ter propriedades e travar relações jurídicas com os particulares de acordo com o Direito Privado. Com a admissão desta teoria, tornou-se possível o julgamento sistemático das atividades patrimoniais do Rei.

A teoria do *fisco* pressupôs uma diferenciação entre o Estado, que não tem patrimônio e sim poder soberano e o *fisco*, que não tem poder público e sim patrimônio e passou, paulatinamente, a ser implementada nas monarquias européias. A partir de então, algumas das regras da Administração Pública passavam à esfera do Direito Civil, o qual regia o âmbito das relações privadas, passíveis de apreciação por essas cortes. Assim, reconhecia-se em favor dos indivíduos a existência de direitos adquiridos oponíveis ao fisco e fundamentados no Direito Privado.

Com relação aos tribunais, é preciso observar que desde o final do século XVI, concluiu-se um processo de unificação entre reinos e nações que tornaram cada vez mais numerosas e complexas as partes envolvidas em questões políticas, jurídicas e até mesmo de governo.

³⁷ ENTERRÍA. Eduardo Garcia : FERNANDES. Tomás Ramón. *Op. cit.*, p. 305.

Diante disso, houve uma transformação cada vez maior nas estruturas jurídico-políticas dos nascentes Estados nacionais o que pressupôs a criação de tribunais judiciais com certa autonomia frente ao soberano.

Com a consolidação da teoria do fisco, os tribunais passaram a ter jurisdição apenas no que se refere às questões de direito privado, ou seja, isto ainda não significou uma divisão de poderes estatais independentes e harmônicos entre si.

Essas limitações ao poder estatal, portanto, ainda eram poucas em termos de proteção aos direitos dos súditos. O Estado ainda era o rei, pessoa subjetiva, representante de Deus e que agia, tanto através de normas gerais (leis), como por atos singulares (atos administrativos) ou por sentenças, se necessário, incongruentes com a própria lei (jurisdição).

Se o Estado encontrou divisões como a do fisco, também ocorreram divisões em termos de regimes jurídicos, inclusive como decorrência, em parte, da primeira divisão. Por um lado, surgiu o *jus polittiae* (direito de polícia) que, sob a idéia de poder sobre a vida religiosa e espiritual do povo, conferia autoridade ao soberano de interferir na vida privada do súdito, sob o pretexto de outorgar

segurança e bem-estar coletivos³⁸. Por outro lado, tinha-se o Direito Civil, que orientava as relações entre o súdito e o fisco e os súditos entre si, fora da órbita do poder do príncipe.

Apesar disso, nessa época, a Administração Pública não estava submetida, de maneira geral, a nenhum tipo de norma que não emanasse do próprio rei, pois estes “direitos” todos, acima apontados, eram concessões do próprio soberano esclarecido.

É por esta razão que se diz que vigorava na época, o império do arbítrio, não no sentido do injusto, mas no sentido de não limitação do poder real.

1.6 O Pensamento de Locke como Base Doutrinária do Liberalismo

Subjacente a essa situação, mas também em função dela, o movimento iluminista passou por uma segunda fase onde se acentuaram os direitos dos súditos como uma primeira forma de *garantias* ao arbítrio do Estado. Para entender-se, em parte, como mudou este contexto político e ideológico, é preciso uma remissão ao pensamento inglês, mais propriamente ao pensamento de John Locke (1632 - 1704).

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*. p. 13.

As teorizações políticas desse filósofo³⁹ foram contemporâneas da segunda revolução inglesa (1689), revolução esta que destruiu definitivamente o regime de direito divino da Inglaterra e deu origem a uma monarquia constitucional, onde os poderes do monarca transferiram-se, paulatinamente, para o Parlamento.

A obra do autor em questão inspirou-se diretamente no espírito novo, fruto da primeira corrente iluminista, baseando-se, além das luzes, na experiência (Locke foi um dos primeiros filósofos da corrente do empirismo inglês). Esta base empirista levou o filósofo a observar as transformações que vinham ocorrendo desde os séculos anteriores no mercado de trabalho, na estrutura da propriedade e no comércio⁴⁰ que passaram a demandar um novo tipo de realidade, também na esfera política.

Essa linha de pensamento, ora exposta, foi visceralmente contrária àquela concebida por outro dos primeiros filósofos contratualistas da modernidade: Thomas Hobbes (1588 - 1679), que ligara a criação do Estado a um contrato de submissão entre os membros da sociedade natural, vítimas - no estado de natureza- de uma guerra de

³⁹ LOCKE, John. Segundo Tratado Sobre o Governo. *In*: "Os Pensadores"

⁴⁰ Veja-se, como exemplo, o que Claude Lefort, fala sobre o século XIII, quando se refere as primeiras manifestações do capitalismo moderno quando Pisano publica o primeiro tratado de aritmética econômica, o Liber Abbaci. Esta obra permitiu um cálculo exato de receitas e despesas, abrindo uma "dialética inesgotável à racionalização do lucro". Ou então, quando se refere ao fato de que desde o século XIV tem-se um mercado mundial já constituído; ou quando fala das grandes indústrias de cobre da Bélgica do século XV, funcionando num modo de produção já capitalista inclusive quanto às relações de trabalho. LEFORT, Claude. As formas da história. p. 127.

todos contra todos. A partir de tal contrato, gerava-se o Leviatã (ou seja, o Estado propriamente dito) potência totalmente soberana e absoluta⁴¹, nascido para garantir a segurança do povo e o fim dos conflitos. Para Locke, a criação do Estado, ao contrário de Hobbes - que o concebia como uma cessão quase integral de direitos por parte dos cidadãos que criavam um poder absoluto sem quase nenhuma obrigação do Estado para com eles - era diversa. Isto, na medida em que, segundo Locke, a sociedade natural (estado de natureza hipotético, anterior ao Estado civil) já detinha condições de se organizar harmoniosamente, eis que os homens não são naturalmente maus como na concepção de Hobbes. Não havia, portanto, em Locke, a necessidade de recorrer-se a uma ordem política para garantir-se a segurança interna como um todo.

O Estado civil somente seria necessário e instaurado devido à impotência à qual se encontrava reduzida tal sociedade quando eventualmente atacada por inimigos externos ou internos. Segundo este autor, os “direitos naturais” não tinham força coativa para dar-lhes tal segurança, por isso, seria necessário criar um poder capaz de formalizar esses direitos, dando-lhes força de imposição. Criar-se-ia, então, o Estado propriamente dito, com seu corpo legislativo, judiciário, policial

⁴¹ HOBBS. Thomas. Leviatã. in. “Os Pensadores”.

e militar. Mas, acima de tudo, este Estado dependeria de como iria servir ao bem público.

O Estado deveria ser um poder a serviço dos direitos e liberdades naturais de cada indivíduo. No caso de fracassar nessa missão, contrariando os direitos naturais como, por exemplo, o de propriedade ou a liberdade de opiniões, seria dever dos indivíduos a ele sujeitos, desencadear a “insurreição sagrada” de forma a criar um outro Estado a serviço desses mesmos direitos e liberdades.

O trabalho de Locke, considerado o inspirador do liberalismo, na área de filosofia política teve muita repercussão na intelectualidade europeia. Os filósofos iluministas franceses do período pré-revolucionário foram grandes propagadores das suas idéias, encaradas por muitos como verdadeiras armas contra as diversas formas de tiranias religiosas e políticas no continente europeu em geral.

Tanto a declaração de direitos do homem norte-americana de 1787 como a francesa de 1789 foram diretamente inspirados em sua obra.

Durante a primeira metade do século XVIII publicaram-se numerosos livros e folhetos que abordavam, direta ou indiretamente, temas políticos como obras históricas sobre antigas instituições francesas ou sobre as finalidades e justificativas do governo, bem como obras sobre a Constituição inglesa.

Foi na segunda metade desse século, no entanto, que esse debate ganhou força, generalizando-se e ocupando espaço na literatura. Porém, é preciso ressaltar que existiam diferenças importantes entre o iluminismo alemão, italiano, espanhol, austríaco e o iluminismo dos países da Europa oriental.

Com o fim do absolutismo, fruto das citadas revoluções, iniciou-se, em fins do século XVIII, a segunda etapa do Estado de Polícia ou Estado Moderno, passando este a ser chamado a partir de então, de Estado de Direito.

Esse novo Estado passou a estruturar-se com base nos princípios da legalidade, igualdade e separação de poderes (os quais vinham sendo reivindicados por Locke quase um século antes).

Em termos doutrinários, desde o início da era moderna já se teorizava sobre a existência de “direitos naturais” pertencentes ao indivíduo singular, trata-se do jusnaturalismo racional, fase posterior ao jusnaturalismo teológico da Idade Média. Nessa relação, os direitos precediam à formação de qualquer sociedade política e, portanto, a toda estrutura de poder que a caracterizasse. Chama-se a esta concepção de individualismo, contraposta ao organicismo da Idade Antiga que concebia o todo (a sociedade ou o Estado) como anteriores às partes (os indivíduos)⁴².

⁴² Conferir BOBBIO, Norberto *et al.* *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*.

1.7 As Concepções Organicista e Individualista e seus Reflexos nos Modelos de Estado

No que se refere à concepção organicista de Estado, pode-se encontrar as suas bases históricas na antigüidade clássica, mais precisamente, no pensamento de filósofos tais como Aristóteles (384-322 a.C.) na medida em que este teorizava a idéia de Estado como ser natural anterior ao indivíduo e portanto, na conclusão de que o todo tem precedência sobre as partes. Também Platão (427-347 a.C.) já entendia, ao comparar o Estado ao homem, que o primeiro era uma ampliação do segundo⁴³.

Essa teoria ainda se estendeu na Idade Média, através do pensamento escolástico representado, principalmente, por Santo Tomás de Aquino (1225-1274) que, no período da alta Idade Média, apenas interpôs a essa idéia totalizante de Estado o elemento divino entre este e o homem, vindo tal dado novo a caracterizar o jusnaturalismo teológico organicista dessa época⁴⁴.

Uma das primeiras e importantes refutações a esse tipo de concepção organicista veio através de Hobbes, nos primórdios da era moderna. Ao afirmar que não é o impulso natural que leva o homem

⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. p. 26.

⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. 1995. p. 27.

ao Estado mas, ao contrário, é o seu temor aos outros homens que o leva a submeter-se a um ordenamento estatal, Hobbes desencadeou uma inversão de valores na abordagem filosófica da época sobre a relação sociedade-Estado. Com efeito, partindo este pensador da idéia de que o Estado é uma criação artificial posterior e diferenciada dos homens, germinaram as raízes do jusnaturalismo individualista de cunho racional que veio a caracterizar toda a Idade Moderna.

Apesar disso, o chamado “atomismo” jusnaturalista que concebia o Estado unicamente como um artifício mecânico composto por indivíduos centrados quase que exclusivamente na sua própria existência, veio a ser contestado pelo romantismo alemão, no século XIX.⁴⁵ Segundo esta corrente de pensamento, uma conexão orgânica é algo necessário nos aspectos natural, social e histórico em contraste com o arbitrário e casual da simples conexão racional caracterizadora do individualismo moderno. Este entendimento viria a ser compartilhado por pensadores dispares tais como Hegel (1770-1831), na filosofia idealista; Savigny (1779-1861), no âmbito do historicismo jurídico e Marx (1818-1883), no materialismo dialético⁴⁶.

⁴⁵ Segundo Ginsburg, o romantismo foi um movimento cultural de origem nórdica o qual encontrou na Alemanha a sua “morada privilegiada” o que levou este país a exercer direta influência sobre todos os romantismos ocidentais. Em termos gerais, o romantismo foi uma fase de rebelião, de inconformismo aos valores estabelecidos e a conseqüente busca de uma nova escala de valores, através do entusiasmo pelo irracional ou pelo inconsciente, pelo popular ou pelo histórico, ou ainda, pela coincidência de todos esses fatores. GUINSBURG, J. O Romantismo, p. 76- 77.

⁴⁶ HELLER, Hermann. *Op. cit.*, p. 124.

As origens históricas de tais reflexões, no entanto, encontram-se no final do século XVIII, precisamente em Joseph Sieyès (1748-1836)⁴⁷, o qual através da divulgação da sua brochura “*O que é o Terceiro Estado?*”, publicada em janeiro de 1789 tornou-se uma das principais influências doutrinárias do Estado bonapartista pós-revolucionário.

A idéia central da qual partia este autor, era o conceito de “Nação”. Esta era concebida como um dado anterior a qualquer ato de fundação política, composta por indivíduos livres, iguais e independentes, diferentes uns dos outros, porém unidos por necessidades comuns à natureza humana e pela vontade de viverem em conjunto.

Sem a representação intelectual da entidade Nação, os indivíduos eram impotentes e incapazes de resistir às diversas formas de exploração ou opressão de quaisquer bandidos ou tiranos.

Nessa medida, todo indivíduo era visto, potencialmente, como um cidadão, que somente se realizava na medida em que conectasse a sua vontade à de outros membros do conjunto visando construir o poder nacional.

Era esse o exato sentido de soberania da Nação, entidade una e indivisível. Apesar disso, essas condições não eram suficientes para

⁴⁷ Conferir estes dados em CHÂTELET. François *et. al.* *História das Idéias Políticas*. p. 88-90.

garantir a sua institucionalização. O exercício da sua soberania, no sentido de poder político supremo e indivisível, devia passar pela implantação de uma Constituição que definiria os órgãos da legislação e do governo bem como as autoridades judiciárias que deviam garantir os direitos e liberdades dos cidadãos.

Para tanto, a eficácia desse poder constituinte deveria residir no princípio da *representação*, ou seja, deviam ser abandonadas quaisquer tentações ligadas à democracia direta, posto que levavam à desordem e ao caos.

Ainda segundo o autor, convinha também, desconfiar do mandato particular ou *mandato imperativo*⁴⁸, na atual expressão de Bobbio, já que restringia a atuação do deputado aos exclusivos interesses dos que nele votaram. A boa representação era aquela que concedia um mandato geral ao eleito, sendo que, seria somente desta maneira que ele poderia participar de forma proveitosa, da elaboração da vontade nacional.

Assim sendo, a anterior encarnação do povo no corpo do soberano, foi substituída pela representação da Nação, através dos seus *corpos instituídos*.

⁴⁸ A esse respeito, Bobbio afirma que a representação política, numa democracia representativa, exatamente porque são nela representados os interesses gerais e não os interesses particulares dos eleitores, nela vigora o princípio da proibição do mandato imperativo. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. p.47.

Portanto, o Estado emanava da Nação e também a representava. Nesta relação, aqui traçada, a Nação era autônoma com respeito ao Estado, exceto em termos políticos nos quais lhe devia obediência.

CAPÍTULO II

A DISCRICIONARIEDADE NO ESTADO LIBERAL CLÁSSICO E NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

2.1 O Estado de Direito e a sua Nova Forma de Interação com o Entorno social

A partir da implantação do Estado de Direito, após as revoluções burguesas, o mérito de um governo passou a ser medido mais pela quantidade de direitos de que usufruía o indivíduo, do que pelos poderes dos governantes, relação esta diametralmente oposta ao que ocorria no modelo político anterior.

A instauração desse novo Estado também coincidiu com o surgimento do constitucionalismo, corrente esta que via na Constituição um instrumento de proteção e garantia das liberdades do cidadão, estabelecendo limitações às prerrogativas dos governantes. Entretanto, tal movimento foi adquirindo, paulatinamente, um caráter meramente

formal na sua atuação, durante o período liberal, em detrimento de uma atividade legislativa que abandonou a obediência ao caráter substancial dos direitos oriundos dos valores iluministas e inscritos nas disposições constitucionais. Passou a sujeitar-se, então, apenas à sua obediência procedimental de aprovação de leis, conforme se verá adiante.

O artigo 5º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 prescreve: *“A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo o que não é vedado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser forçado a fazer o que ela não ordena”*. Por outra parte, o artigo 3º da Constituição francesa de 1791 reza que *“não há na França autoridade superior a da lei. O rei não reina mais senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência”*. A partir destes postulados, consolidou-se o princípio da legalidade como parâmetro da ação estatal. Tal princípio viria a ser também, a viga-mestra do Estado Liberal do século XIX, no sentido de que nenhum indivíduo poderia ter a sua liberdade afetada senão em função da própria lei e isto também valeu para a Administração Pública.

Decorreu disso, também, a instauração de um poder independente que existia para decidir os litígios com imparcialidade e garantindo aos indivíduos igualdade perante o direito pleiteado. Ficaram consagrados, então, os três poderes do Estado: Executivo; Legislativo e Judiciário.

Segundo Di Pietro⁴⁹, a discricionariedade administrativa e o próprio Direito Administrativo tiveram nessa época, como linhas básicas de influência jurídica, o *common law* inglês, por um lado, e o sistema continental europeu de direito, por outro.

Ainda segundo a autora, não há na Inglaterra, uma tradição de Direito Administrativo no sentido de diferenciação de regimes jurídicos entre o Poder Público e os particulares. Nesse país, desde os direitos conquistados pela Magna Carta de João Sem Terra, em 1215, passando pela Petição de Direitos de 1628 e culminando com a revolução de 1689, existe toda uma tradição de reivindicações e limitações ao poder soberano que acabou por engendrar um direito comum, tanto para o Estado como para o cidadão (o chamado *common law*). Portanto, da tradição jurídica inglesa, o Direito Administrativo herdou o princípio constitucional da divisão de poderes e uma concepção de direito limitador do arbítrio estatal.

A propósito disso, deve-se salientar que o próprio Montesquieu, formulador da teoria da tripartição dos poderes estatais, no seu Livro XI de *O espírito das leis*, buscou no regime inglês e na sua Constituição, o seu modelo teórico para distinguir as três *potências* (poderes) em que se deve dividir o Estado: a potência legislativa, a po-

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia. 1991. p. 16-18.

potência executiva e a potência de julgar⁵⁰.

Já do direito continental, a influência maior veio da França que, ainda sob a influência do iluminismo absolutista, concebia (e ainda concebe) a idéia de um regime jurídico especial para a esfera administrativa (Direito Público) que transformou os poderes estatais do soberano do século anterior em prerrogativas especiais reguladas por lei.

2.2 A Discricionariiedade Administrativa no Estado Liberal Clássico

Em termos de desempenho da ação estatal, o Estado de Direito de fins do século XVIII e inícios do século XIX, também chamado de Estado Liberal, caracterizou-se, fundamentalmente, por ter uma atuação social mínima. Portanto, o próprio Direito Administrativo teve uma atuação muito reduzida nessa esfera, centrando-se, basicamente, naquelas funções tidas como essenciais, a saber: a defesa contra inimigos externos; a segurança interna e a administração da justiça.

Com relação à atuação discricionária do Poder Público, o princípio da legalidade que submetia a todos ao seu império, aplicava-se, dentro da esfera pública, de maneira diversa do que se observa hoje.

⁵⁰ MONTESQUIEU. C. Do espírito das leis. In: "Os Pensadores".

Atualmente, a máxima jurídica que estabelece que “*tudo o que não está proibido de se fazer, é permitido*” aplica-se na esfera das relações sociais e no âmbito privado sendo que, para o Direito Administrativo, interpreta-se o seu princípio da legalidade entendendo que somente é permitido fazer aquilo que está previamente estabelecido em lei.

No século XIX, o primeiro postulado valia para ambas as esferas, pública e privada, ou seja, a Administração podia fazer não apenas o que a lei autorizasse, mas também tudo aquilo que por ela não fosse vedado. Portanto, a discricionariedade era a regra geral de ação administrativa em termos de desempenho com livre autonomia em qualquer âmbito não regulado por lei, agindo no espaço livre deixado por ela.

Afirma-se que, nesse caso, a discricionariedade era encarada não como um poder jurídico e sim como um poder político. Isto também se deve ao fato de que, ainda nesse século, o Estado conservava a sua dupla personalidade, herdeira do absolutismo, do *jus politiae*, (personalidade de Direito Público) que lhe dava um poder discricionário imune a qualquer controle judicial e a personalidade de Direito Civil (direito privado) de atuação controlável pelo judiciário.

Cabe ressaltar, ainda, que as matérias ligadas ao *jus politiae*, além de imunes ao controle do Poder Judiciário, também o eram com relação ao Poder Legislativo. Desde que não existisse lei regulando a matéria, a Administração era completamente livre para agir.

Foi no desenrolar-se da segunda metade do século XIX, que vieram a ser extintas as matérias totalmente imunes aos controles legislativo e judiciário. Estas matérias também eram chamadas de matérias graciosas conforme afirma Di Pietro⁵¹ já que eram absolutamente discricionárias e surgiu em seu lugar uma nova dicotomia em termos de atos administrativos controláveis ou não pelo judiciário.

2.3 Atos de Governo e Atos Administrativos: Limites do Controle quanto à Legalidade Estrita

Correspondente a essa dicotomia supramencionada, tem-se os atos de governo ou políticos e os atos administrativos propriamente ditos. Segundo Di Pietro⁵², as razões desta divisão ocorreram porque, com o fim da ditadura de Napoleão, em 1815, a Administração Pública voltou a perder o seu poder político na França, da mesma forma que o

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvania, 1991, p. 57.

⁵² DI PIETRO, *Op. cit.*, p. 58.

seu Conselho de Estado. Este órgão emanador das decisões de conflitos em matérias administrativas, a fim de evitar confrontos com o novo Poder Executivo, começou a limitar a sua própria competência, estabelecendo que as questões de governo estariam fora do controle do Judiciário.

No entanto, além desses atos políticos, tinha-se também, dentre os atos administrativos, aqueles que eram discricionários e estes eram imunes ao controle do Conselho de Estado.

O que determinava a discricionariedade do ato era a ausência de um direito oponível a ele por parte do seu destinatário. Não ocorrendo isto, ou seja, havendo direito lesado, este podia ser apreciado na via judicial. Caso contrário, se tal ato somente atingisse “interesses” e não direitos dos destinatários, ele seria considerado como inteiramente discricionário.

Segundo Cretella Jr.⁵³, os atos políticos designam, em termos gerais, certos atos oriundos das esferas mais altas do Poder Executivo. Além disso, concretizam-se através de manifestações volitivas do Governo na sua missão de prescrever diretrizes para o desenvolvimento interno do país e nas suas relações internacionais.

⁵³ CRETELLA JR. José. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*, p. 170.

Pode-se vislumbrar a gênese de tais atos de governo, de uma forma mais nítida, observando que sua origem é de índole jurisprudencial e nasceram na França a partir das interpretações dos tribunais a respeito do art. 26 da Lei de 24 de maio de 1872. Este artigo prescrevia que determinados atos não seriam suscetíveis de recursos diante do Conselho de Estado, nem seriam título suficiente para embasar reclamações de prejuízos sofridos. A partir destes postulados, elaborou-se a *teoria do ato político* a qual, da França, disseminou-se para outros países onde foi recebida e modelada de acordo com as necessidades político-jurídicas e peculiaridades de cada ordenamento estatal.

Disso resultou o nascimento de diversas doutrinas a respeito dessa teoria, sendo que as mais importantes são três: a) *teoria negativa* a qual não admite a existência dos atos políticos ou de governo. Para os defensores desta teoria, o problema não oferece maiores obstáculos, posto que a questão se resolve numa fórmula simples: não se admitem atos de governo; b) *teoria teleológica*, segundo a qual considera-se que o caráter governamental do ato depende do fim por ele visado. Esta teoria que também é chamada de teoria do *móvel* político, consagra perigosamente, uma idéia difusa de *razão de Estado* sendo que esta legitimaria quaisquer decisões políticas sob o argumento da “segurança da Nação”. Esta corrente perdeu credibilidade na França, em fins do

século XIX; c) *teoria da natureza do ato*. Esta considera que o ato de governo não é definido pelo seu fim mas pelo melhor esclarecimento das funções de governar e administrar. Nesta medida, o ato político seria aquele que promana do Governo no seu exercício de poder político, o qual consiste em defender o Estado e a sociedade das perturbações e dos ataques que os inimigos internos e externos dirijam contra eles.

2.4 Os Atos Políticos ou de Governo no Contexto Brasileiro

No Brasil, Medauar⁵⁴ traça um entendimento mais atual a respeito dos atos políticos ou de governo situando-os como aqueles provenientes da autoridade ou órgão mais alto do Poder Executivo. A partir da sua expedição, tais atos produzem conseqüências jurídicas externas já que seus destinatários são, em regra, outros poderes públicos, outros Estados e mesmo organismos internacionais.

Com respeito à dicotomia, “atos de governo ou políticos” e “atos administrativos, vinculados ou discricionários”, observa-se até hoje essa diferenciação. Entende-se que o ato de governo é ante tudo, espécie do gênero ato administrativo, na mesma medida em que a Admi-

⁵⁴ MEDAUAR. Odete. 1993. p.175

nistração Pública e o Poder Executivo se relacionam⁵⁵.

Historicamente, as constituições de 1934 e 1937 nos seus artigos 68 e 94, respectivamente, vedavam ao Poder Judiciário apreciar os atos de governo. Entretanto, com o advento da Constituição de 1946, criou-se o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional a qualquer lesão ao Direito. Nesse caso, se um ato de governo lesasse o Direito, poderia, tal ato, ser impugnado perante o Poder Judiciário.

A atual Constituição brasileira silenciou a respeito dos atos de governo, especificamente, mas o inciso XXXV do seu artigo 5º faz regra geral a respeito do âmbito de controle que o Judiciário pode exercer sobre quaisquer normas jurídicas ao consagrar que: *“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”*.

A interpretação, tanto jurisprudencial quanto doutrinária desse preceito constitucional, tem gerado muitas controvérsias no que diz respeito a esse tipo de ato. Segundo Cretella Jr.⁵⁶, o ato de governo aproxima-se, sob certos aspectos, do ato administrativo discricionário, considerado em sentido estrito, não obstante estes atos políticos movimentem-se em esfera bem mais ampla e flexível, por este autor denominada de “discricionarieidade política” ou “discricionarieidade

⁵⁵ Conferir as obras: BIELSA, Rafael. *Princípios de derecho administrativo*, p. 63 e MEDAUAR, Odete, 1993, p. 175; Além do conceito operacional de Administração Pública.

⁵⁶ Conferir CRETELLA JR., José, 1993, p. 160-173. Nesta obra, o autor também mostra variada gama de decisões jurisprudências contraditórias a respeito do controle jurisdicional dos atos administrativos em geral.

governamental". Ao seu ver, a discricionariedade do ato político é maior do que a discricionariedade do ato administrativo, em sentido estrito, mas ambas apresentam barreiras ou limitações tais como as prerrogativas individuais, as liberdades públicas e os direitos subjetivos públicos.

Explicita-se isso em função de que os direitos do cidadão, de um lado, irradiam uma faculdade de exigir do Estado o cumprimento de algo que lhe é devido, faculdade esta alicerçada em norma de direito objetivo, posta pelo Estado. Por outro lado, o agente político, titular do ato de governo, ao expedi-lo, de modo algum poderá lesar o seu destinatário, destituindo-o daquilo que a própria ordem jurídica lhe outorgou.

Segundo Hely Lopes Meirelles⁵⁷, o entendimento que parece ser mais coerente a respeito deste tipo de controle jurisdicional, é o de que a justiça não tem o poder de substituir uma deliberação corporativa ou governamental. Entretanto, poderá apreciar sempre o ato praticado com relação às normas constitucionais, legais ou regimentais no seu aspecto que determina condições, forma, rito e competência para o seu cometimento.

Portanto, ainda segundo este autor, para esses atos deve valer a mesma regra geral dos atos administrativos discricionários, qual seja, a de torná-los sempre suscetíveis de exame judicial nos seus aspectos formais, de competência e naquilo que possa afetar os direitos individuais

⁵⁷ MEIRELLES, Hely *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 611.

ou coletivos dos seus destinatários.

Com respeito a essas ponderações, pode-se propor um outro entendimento mais adequado a uma perspectiva garantista. Nesta medida, pode-se afirmar o seguinte: se a discricionariedade deriva da esfera do político⁵⁸ e sendo que esta esfera também pode ser equacionada juridicamente devido às conexões necessárias entre o Direito e as reivindicações resultantes das disputas sociais travadas no espaço público⁵⁹, tanto os atos de governo quanto os atos administrativos podem ser amplamente apreciados pelo Judiciário. Deve-se observar a este respeito que no Estado de Direito, mesmo o Poder Legislativo, do qual derivam os atos e decisões da maior densidade política, está submetido, quanto ao teor de tais medidas, a um controle de constitucionalidade. Conseqüentemente, deve-se propugnar a extensão de tal controle a todos os atos expedidos pelo Executivo, não cabendo, portanto, o argumento de certas imunidades, pelo simples fato de que tais atos são de natureza política ou governamental.

Tal controle não ocorrerá somente sob a base da legalidade mas do ponto de vista dos princípios e das garantias fundamentais sob

⁵⁸ Conferir o conceito operacional de discricionariedade.

⁵⁹ A noção de espaço público diz respeito a uma espécie de "arena de disputas" decorrente de um modelo democrático de Sociedade. Em tal arena, institucionaliza-se o conflito de interesses entre os diversos grupos e atores sociais, os quais ao questionar ou reivindicar constantemente o Direito, fazem com que doravante o poder obtenha sua legitimidade enraizando-se nas opiniões, o ao menos sem se entrincheirar da competição entre os partidos. LEFORT, Claude. Pensando o Político, em especial, p. 52 e ss.

os quais se alicerça o Estado Constitucional de Direito. Nesta perspectiva, a responsabilidade pela preservação e aperfeiçoamento substancial de tal Estado, é uma tarefa que pressupõe um entrelaçamento constante entre o político e o jurídico. Este fenômeno passa a exigir, então, uma demarcação mais clara de ambas as esferas a fim de não confundi-las nem, admiti-las de forma indiscriminada. Os parâmetros para tanto serão melhor vislumbrados mais adiante, ao analisar-se o controle jurisdicional garantista dos atos estatais.

Antes porém, torna-se necessário proceder-se ao estudo de como se configura historicamente a dimensão da moralidade no âmbito administrativo.

2.5 Moralidade Administrativa: As Nascentes Concepções sobre o Tema e seu Posterior Desenvolvimento

Retomando as digressões históricas a respeito da evolução nas concepções a respeito do controle jurisdicional da discricionariedade, no que se refere especificamente aos atos administrativos, no decorrer do século XIX, estes podiam ser apreciados pelos tribunais administrativos. No caso da França, existe até hoje um duplo contencioso,

administrativo e de jurisdição ordinária⁶⁰.

Essencialmente, verificava-se isso em duas situações: nos casos de vícios de forma e/ou de competência do ato, cabia o chamado recurso por excesso de poder, havendo neste caso, um controle deste quanto à legalidade no sentido formal. Dito de outra maneira, quanto às normas que a Administração deveria seguir no que diz respeito à forma e competência do ato expedido.

Nos casos em que houvesse ofensa aos direitos individuais (esfera do Direito Civil), cabiam os chamados recursos contenciosos, onde a lei era examinada no seu aspecto material.

Foi no início do século XX, que o administrativista francês Maurice Hauriou⁶¹ e seus seguidores elaboraram conceitos como os de moralidade administrativa; ou ainda boa administração ou polícia da administração. Tais conceitos situavam-se em contraposição à concepção, então vigente, de legalidade material em sentido estrito, posto que, ainda nessa época, reduzia-se a concepção do Direito à lei.

Mais tarde, Kelsen⁶² incluiria na definição de Direito, as sentenças judiciais; os atos administrativos; os negócios jurídicos etc. e

⁶⁰ Observe-se que, no Brasil, a Constituição do Império também previa um duplo contencioso: administrativo, cuja instância máxima, era o Conselho de Estado, e de jurisdição comum, conforme assinala o Visconde de Uruguai. URUGUAI. Visconde de. Ensaio Sobre o Direito Administrativo, p. 92-93.

⁶¹ Conferir DI PIETRO, Maria Sylvia. 1991, p. 62.

⁶² KELSEN, Hans. 1979, p. 328.

transferiria, para a esfera da chamada Política Jurídica, todos os valores pelos quais ele é perpassado. Entretanto, este autor deixou de considerar os princípios e as garantias como relevantes na sua conformação, estruturando a idéia de Direito sobre a base de normas gerais, por via legislativa e consuetudinária, e individuais, como os atos administrativos, atos jurídico-negociais e sentenças judiciais. Tal noção, conforme se verá adiante, torna-se hoje insuficiente para dar conta dos problemas que devem ser equacionados pelo ordenamento jurídico⁶³.

Com relação aos novos conceitos desenvolvidos por Hauriou, assim se pronunciou ele com relação a um arresto do Conselho de Estado francês, de 1902 (*arrêt Grazzietti* de 31 de janeiro de 1902): "*Il n'y a pas d'actes discrétionnaires, il y a un certain pouvoir discrétionnaire de l'administration qui se trouve plus ou moins dans tous les actes et qui est essentiellement le pouvoir d'apprécier l'opportunité des mesures administratives*"⁶⁴.

Tal postulado ajudou a abrir um importante caminho para a elaboração da teoria do desvio de poder, através da qual tornou-se possível também controlar judicialmente a finalidade de todos os atos

⁶³ KELSEN, Hans, 1979 p. 325.

⁶⁴ "não há atos discricionários, o que há é um certo poder discricionário da Administração que se encontra mais ou menos em todos os atos e que é, essencialmente, o poder de apreciar a oportunidade das medidas administrativas" *Apud* MORÓN, Miguel Sánches. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. p. 40.

administrativos. Isto, no sentido de apreciar se os fins objetivados pelo aplicador do ato, desde que competente e observando a forma correta, visassem também o interesse público, ou seja, objetivava-se controlar, também, a moralidade na atuação estatal.

Entretanto, discute-se ainda qual teria sido o arresto pioneiro a gerar tal controle sobre o desvio de poder ou finalidade, sendo que alguns citam o caso *Lesbats*, de 25 de fevereiro de 1864 e outros o caso *Vernes*, de 16 de maio de 1858. Existe ainda a menção de que, antes da jurisprudência do Conselho de Estado francês, a justiça comum já teria declarado a ilegalidade de um regulamento que não tinha outro fim a não ser satisfazer um interesse privado⁶⁵. Isto porque o “interesse público” deveria ser sempre a finalidade última de todo e qualquer ato administrativo.

Apesar dos esforços de Hauriou⁶⁶, a teoria do desvio de poder acabou por adquirir um sentido puramente legal, em sentido estrito, sendo que a este respeito afirma Sánchez Morón:

Así como afirma la generalidad de la doctrina, la discrecionalidad administrativa no solo existe, sino que está justificada y es necesaria; comporta un elemento de oportunidad.

⁶⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 51.

⁶⁶ Este autor, em realidade, visou deslocar a ênfase da legalidade do ato administrativo, para a moralidade ao desenvolver a teoria do desvio de poder. Assim, afirmava que o âmbito da moralidade administrativa é certamente mais exigente que o da legalidade. Conferir comentários a esse respeito no artigo “A Discrecionalidade na Administração Pública” de AURELIANO SOUZA, Carlos in Arquivos do Ministério da Justiça, p.214.

*netamente distinto (en el plano de la teoría al menos) del de la legalidad: de manera que el juez administrativo puede y debe controlar todos los aspectos de legalidad de la decisión administrativa, pero no es un juez de la oportunidad*⁶⁷.

Observe-se que este autor, num primeiro momento da sua afirmação, separa o juízo de oportunidade do ato, do plano da legalidade, para logo a seguir afirmar que o julgador deve ater-se, precisamente, aos aspectos legais da medida administrativa, sem poder apreciar o juízo de oportunidade do seu emissor.

No mesmo sentido, também García de Enterría e Tomás Ramón Fernández afirmam que:

*O vicio do desvio de poder é um vicio de estrita legalidade. O que se controla através desta técnica é o cumprimento do fim concreto que assinala a norma habilitante e esse controle se realiza mediante critérios jurídicos estritos e não mediante regras morais*⁶⁸.

Isto significou, na realidade, e como único avanço, a extinção para efeitos de controle judicial do ato administrativo, da barreira existente entre “interesses” e direitos, podendo agora o ato ser examinado em todos os aspectos da legalidade. Isto porque incorporou-

⁶⁷ Assim como afirma a generalidade da doutrina, a discricionariedade administrativa não só existe, senão que está justificada e é necessária; comporta um elemento de oportunidade essencialmente diferente - no plano da teoria pelo menos - da legalidade; de maneira que o juiz administrativo pode e deve controlar todos os aspectos da legalidade da decisão administrativa, mas não é um juiz da oportunidade MORÓN. Miguel Sánchez. *Op. cit.*, p.41.

⁶⁸ ENTERRÍA, Eduardo García : FERNANDES, Tomás Ramón. *Op. cit.*, p. 403.

se a ele um novo pressuposto na sua estrutura, qual seja, o da *finalidade*, pressuposto este que passou a ser, repita-se, exigência de ordem legal e não moral, na conformação desses atos⁶⁹.

No ordenamento jurídico brasileiro, a identificação do desvio de poder como uma forma de ilegalidade, consagrou-se na lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965, que regula a Ação Popular a qual, no seu artigo 2º considera nulos os atos praticados com desvio de finalidade (alínea “e” do *caput*). Nos termos dessa lei, o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato com fim diverso daquele que tenha sido previsto, implícita ou explicitamente, na regra de competência (alínea “e” do parágrafo único)⁷⁰.

Ainda no ordenamento brasileiro, foi o princípio da moralidade, insculpido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal que efetivamente inaugurou um parâmetro de *sentido*⁷¹, diverso do legalismo estrito, a ser observado neste tipo de controle da

⁶⁹ Conferir o conceito operacional de Ato Administrativo.

⁷⁰ Tal entendimento também é corroborado por Caio Tácito, ao afirmar que a finalidade é matéria de legalidade estrita, posto que: “Não é porém, simplesmente dessa emanção social que nasce a obediência do administrador aos fins preestabelecidos. Esta obrigação jurídica resulta da incorporação desses fins à própria substância da lei, adquirindo, assim, executoriedade”. TÁCITO, Caio. Direito Administrativo, p. 72.

⁷¹ A respeito da expressão *sentido*, utilizada neste caso, valem as lições de FERRAZ JR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito, p.357-358, segundo o qual ela tem a ver com a orientação do homem no mundo mas não se confunde com expressão finalidade, posto que esta última relaciona-se com a função das coisas, aquilo para que elas servem. Desta forma, *sentido* tem a ver com a dignidade intrínseca das coisas. Isto permite dizer, por exemplo, que um trabalho dignifica o homem, mesmo que este tenha um valor relativo, em certo contexto, para a sociedade. Portanto, a perda do *sentido* não altera a factualidade da existência, na medida em que, uma dada atividade pode continuar existindo apesar de ter perdido o *sentido*. A perda de *sentido* afeta, isto sim, a orientação do homem. Pode-se, na mesma medida, afirmar que o ato imoral, praticado por aqueles que tem a responsabilidade de por em prática um projeto de sociedade, terminará por afetar a orientação ou o *sentido* que se queira estabelecer para ele, independente da sua obediência aos parâmetros formais da lei.

discricionarieidade administrativa. Isto porque, conforme se verá, os princípios de direito em geral se apresentam e incidem de forma diferenciada da lei.

No que tange a uma concepção de moralidade administrativa, em termos garantistas, tratar-se-á deste tema mais adiante ao delimitar-se melhor a idéia de normatividade e sua relação com os fundamentos axiológicos constitucionais. Nessa linha de entendimento, irá se identificar a moralidade pública com a observância dos valores (na sua maioria de origem iluminista) que embasam os direitos fundamentais.

Essa constatação, partirá das análises da relação entre valores e princípios de direito, para logo a seguir, adentrar-se na teoria destas normas e seus desdobramentos no que se refere a uma proposta de um efetivo controle garantista da discricionarieidade administrativa. Portanto, uma forma de controle não restrita ao âmbito da pura legalidade.

Antes porém, deve-se observar a relevância que assumem tais valores na concepção garantista de Estado, partindo-se, então, da análise do modelo jurídico-político denominado por essa teoria de Estado Legislativo, no século XIX, e por contraposição a ele construindo-se a noção de Estado Constitucional de Direito sob o qual se opera o controle garantista dos atos estatais.

2.6 Do Estado Liberal ou Legislativo ao Estado Constitucional de Direito

Deve-se atentar que sob o prisma histórico, o modelo estatal sob o qual o tipo de atuação discricionária observada até o momento manifesta os seus efeitos, refere-se a um Estado de cunho liberal, de perfil fundamentalmente abstencionista. Tal modelo estatal começou a acentuar, cada vez mais, as diferenças sócio-econômicas entre os diversos grupos que compõem a sociedade.

Em função disso, este Estado fez com que os postulados iluministas consagrados pelas revoluções burguesas (liberdade, igualdade e fraternidade, dentre outros valores fundamentais), terminassem por se revelar numa dimensão basicamente formal. Tal se verificava na medida em que não haviam medidas de implementação concreta por parte do poder estatal, posto que baseava sua restrita atuação, na pretensa neutralidade e objetividade da lei como guardiã da ordem pública.

Entretanto, esse novo modelo de Estado, o qual está apoiado fundamentalmente na lei em sentido estrito, em verdade inaugurou novas estratégias para tornar absoluto, mais uma vez, o poder político.

A fim de poder-se analisar melhor esta afirmação e, com isto, abrir-se caminho para tratar do controle da atividade discricionária sob

o prisma da teoria do garantismo, observar-se-á, segundo esta, como se opera a mudança do modelo Liberal-legalista de Estado para o Estado Constitucional e quais as suas conseqüências jurídico-políticas.

A partir dessa visão, partir-se-á para uma melhor apreciação do Estado Constitucional de Direito, a partir do qual se delimitará o espaço de atuação discricionária do Poder Público para efeitos de controle jurisdicional. Este sistema de controle poderá, através de um instrumental teórico de cunho principiológico e garantista, debruçar-se, tanto nos aspectos políticos quanto nos aspectos morais deste tipo de atuação, desde que obedecidos os parâmetros fixados por esta teoria.

2.7 As Bases Históricas do Estado Constitucional de Direito

Segundo Peña Freire⁷², o absolutismo monárquico dos séculos XVII e XVIII deu lugar a um sistema de poder, no século seguinte, onde a supremacia política e jurídica concentrou-se nas mãos do Legislativo. Este órgão estatal passou a ser, doravante, o único soberano representante da Nação.

⁷² PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *Op. cit.*, p. 53.

Nesse novo modelo, sob o império da lei, que passou a ser considerada a instância máxima contra o arbítrio dos governantes, abriram-se novas oportunidades de ampliar a discricionariedade do poder estatal. Isto porque a lei, como instância soberana, não obedecia, ela própria, a nenhuma limitação de conteúdo quanto ao que pudesse ser legislado.

Como conseqüência disso, o entendimento do princípio da legalidade, no Estado Legislativo, assumiu um caráter substancial debilitado em contraposição a um acentuado formalismo. Assim, qualquer poder deveria ser conferido pela lei, sendo o seu exercício e procedimentos exclusivamente por ela outorgados sem a observância de quaisquer parâmetros axiológicos.

Esse processo de formalização da lei decorreu de uma nova maneira de legitimar o poder político, neste caso, sob a base da impessoalidade do seu exercício e amparada no respeito incondicional das disposições legais.

Tal processo terminou por gerar uma imagem irreal do Estado, o qual passou a proclamar-se integrador, igualitário e protetor da vida, liberdade e propriedade dos cidadãos em nome da generalidade e impessoalidade da lei. Em verdade, diante da divergência entre o mundo do *dever ser* e a realidade social e econômica do mundo do *ser*, optou-se pela formalização absoluta da legislação como tentativa de separar,

taxativamente, essas duas esferas da realidade, a fim de evitar qualquer conexão material entre o social e o Direito.

Como consequência dessa dissociação, esvaziou-se do Direito qualquer referência substancial, tornando-se ele um simples receptáculo de quaisquer decisões adotadas via processo legislativo. Diante desse quadro, tanto o modelo político quanto o modelo jurídico ficaram reduzidos a uma convenção formal e esvaziada de qualquer orientação pragmática⁷³ ou de qualquer pretensão de adequação à realidade social.

É precisamente este absolutismo legislativo ou concepção absoluta da lei que terminou por englobar por completo a idéia de Direito. Tal concepção, como já se viu, somente observou uma posterior superação em Kelsen quanto ao reducionismo legalista desta primeira formulação, embora tenha ele conservado o caráter eminentemente formal do mundo do *dever ser*, apenas ampliando no seu espectro, outras normas tais como os atos negociais e as sentenças judiciais.

⁷³ Com relação à concepção pragmática, esta orientação, no sentido jurídico, diz respeito a um Direito considerado nas suas funções sociais. Nessa medida, propõe uma adequação das normas aos valores vigentes na sociedade. O Pragmatismo, por conceber-se como matriz epistemológica jurídico-política, relaciona-se, também, com uma concepção de democracia convergente com o seu modelo pragmático de Direito. Entretanto, para que esta teoria não se torne excessivamente convencionalista ou relativizante, necessita preservar o aspecto formal do ordenamento jurídico. Em função disto, Rocha propõe uma Teoria Pragmático-formal, afirmando que: "A pretensão é articular as matrizes descritivas com as prescritivas, a metodologia estrutural com a funcional, numa teoria pragmática do direito, voltada aos problemas da democracia. Trata-se de uma pragmática que alia os contextos aos ideais de justiça política, uma pragmática quasi-transcendental (Habermas-Hoffe). ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia Jurídica e Democracia. p.86. Num sentido garantista, essa proposta de junção do Direito como sistema organizado de normas, estruturado numa dimensão de Justiça política, será traçado ao delimitar-se o campo formal e procedimental das normas na idéia de vigência. No que se refere ao campo dos valores sociais, este conter-se-á na noção de validade. Isto acarretará como consequência, o desenvolvimento e análise das concepções garantistas de justiça e legitimidade bem como da análise das relações funcionais entre a Administração Pública e o Poder Judiciário.

Nessa medida, a crise do Estado de Direito na sua versão liberal ou legislativa, também passou a ser a crise da lei e do Direito como formas de regulação, controle e programação social.

Para Peña Freire⁷⁴, foram dois os fatores que provocaram a superação desse modelo legislativo de Estado, os quais passam a ser observados a seguir.

Primeiramente, as dificuldades desse tipo de Estado de Direito se tornaram manifestas nas primeiras décadas do século XX, quando o excessivo relativismo axiológico da lei, que veio a ser somado ao seu acentuado formalismo, terminaram por deixá-la isolada da práxis social e econômica. Com isto, ficou patente que um Estado de Direito não podia, tão somente, ser concebido como um instrumental técnico-jurídico ou um princípio formal de organização institucional na qual ele não conseguisse assumir os cometimentos e formas de atuação próprias de um Estado moldado sob os valores proclamados pelo iluminismo racionalista.

Em outras palavras, um Estado de Direito autêntico deveria estar imbuído de uma forte dimensão axiológica que o fundamentasse e o definisse. Esta, por sua vez, seria a afirmação da primazia do pessoal e social nas relações de poder.

⁷⁴ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *Op. cit.*, p. 54.

A esfera do jurídico, nesse contexto, visava refletir algo além do que a mera ordenação social e ganhar um sentido civilizatório. Este sentido iria se verificar na medida em que pressuporia o ressurgimento da idéia iluminista de que o poder não tem sentido se não estiver subordinado na centralidade da pessoa e da sociedade e tendo como desiderato fundamental, a garantia dos direitos e interesses dos indivíduos.

O segundo fator de crise da legalidade no Estado Legislativo ou Liberal foi a constatação do caráter conflitivo da realidade social em contraposição a uma idéia de Direito neutro frente a tais conflitos. Em outros termos, descobriu-se que a lei também faz parte desse conflito social e, longe de ser o produto da vontade geral⁷⁵, ela sim era produzida por uma maioria contingente, com interesses específicos e dispersa no espectro social.

Sob essa perspectiva, a lei deixou de ser um tipo de salvaguarda frente ao Estado e se transformou em mecanismo de legitimação do poder político e expressão da vontade estatal. Portanto, a lei, que era vista como elemento unificador e coerente, produto da vontade geral, passou a ser vista como produto personalizado, imbuído

⁷⁵ Este conceito é, originariamente desenvolvido por ROUSSEAU, Jean Jaques. (1712-1778). Do contrato social. Col. "Os Pensadores". Nesta obra, o autor propõe aos homens firmarem finalmente um pacto legítimo que lhes permita reconquistar a liberdade encontrando uma forma de associação que defenda e proteja as pessoas e os bens de cada associado com toda a força comum e pela qual cada um, unindo-se a todos só obedeça a si mesmo e será neste princípio de direito político que residirá a vontade geral.

de interesses sociais e políticos, quase nunca passíveis de serem generalizados. Ao contrário disto, tais interesses estavam ligados a contextos parciais, contingentes e específicos e, portanto, suscetíveis de críticas igualmente parciais e de grupos organizados.

São, em resumo, estas percepções da lei e do Poder Legislativo que terminaram por questionar a capacidade do Estado Liberal, de encaminhar de forma adequada a vida social e política e que, portanto, abriram espaço para o advento de um novo modelo de Estado, capaz de restaurar a eficácia do Direito como limite ao poder da lei.

Esse novo modelo estatal, qual seja, o Estado Constitucional de Direito, se caracterizou, fundamentalmente, por afirmar o caráter normativo das constituições, que passaram a integrar um plano de juridicidade superior e com isso, acentuaram-se estas, como linhas de princípio vinculantes e indisponíveis para todos os poderes do Estado.

Observe-se que esse Estado Constitucional de Direito não foi nada além do que uma tentativa de realizar uma otimização dos mesmos valores que, inicialmente, inspiraram o Estado de Direito na sua versão pós-revolucionária ainda permeada pelo espírito racional-iluminista do século XVIII e que se traduziu na garantia dos direitos dos cidadãos e sua centralidade com relação ao poder político.

A esse respeito, pode-se vislumbrar melhor, em termos históricos, uma configuração mais nítida e estável desse tipo de Estado, identificando-o com o chamado Estado Social de Direito que surgiu em meados do século XX.

Esse modelo, sob o ponto de vista da garantia e implementação dos direitos fundamentais, ampliou a base de proteção a tais direitos, consagrando na ordem social constitucional, direitos fundamentais de cunho social e mecanismos de intervenção na ordem econômica. Exemplos pioneiros de tais experiências são as constituições do México de 1917 e da República de Weimar de 1919.

Ao descrever esse fenômeno, Bobbio⁷⁶ observa que, ao processo de emancipação da sociedade frente ao Estado, seguiu-se um processo inverso de reapropriação da sociedade por parte deste.

Isso significou que o Estado de Direito transformou-se em Estado Social e por ser assim, quase não se diferenciou da sociedade a ele subjacente, a qual foi invadida através de inúmeras e variadas formas de regulamentação na sua ordem econômica.

De outra parte, verificou-se que a esse processo de estatização da sociedade correspondeu um processo inverso e não menos significativo de socialização do Estado, através do desenvolvimento de

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. *Estado Governo Sociedade*. p. 51.

várias formas de participação nas opções políticas (veja-se no caso brasileiro, os institutos do referendo, plebiscito e iniciativa popular, consagrados nos artigos 14 e incisos e 61, § 2º da Constituição Federal). Mencione-se ainda, o crescimento das organizações de massa que passaram a exercer, direta ou indiretamente, algum poder político, tais como os sindicatos, as associações comerciais ou industriais, as redes de comunicação, dentre outras.

Foram, segundo o autor, esses acontecimentos, os que terminaram por produzir a expressão “Estado Social de Direito”⁷⁷ o qual pode ser entendido não somente no sentido de Estado que perpassou a sociedade, mas também no sentido de Estado perpassado por ela.

Com esse fenômeno estatal, de caráter interventor e ao mesmo tempo permeável ao social em maior ou menor grau, no espectro político ocidental, aponta-se um dado incontestável até o momento atual: trata-se da superação da imagem debilitada que a juridicidade constitucional assumiu na maior parte do período liberal posto que, a partir desta nova etapa, essa juridicidade vem pairar acima dos poderes estatais e, na medida do possível, fora do campo dos conflitos resultantes das dispu-

⁷⁷ A esse respeito, afirmava Lucas Verdú, na década de cinquenta, que o Estado de Direito deveria conservar no seu seio os mais nobres postulados liberais tais como os direitos fundamentais; porém, se não desejasse ser um fenômeno anacrônico, deveria mudar seu rótulo liberal por um mais condizente com a realidade da época e, desde já, mais justo: o de Estado Social de Direito. VERDÚ, Pablo Lucas. Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho. p.13.

tas político-eleitorais⁷⁸.

2.8 A Idéia de Legalidade no Estado Constitucional de Direito

Dentro de toda essa perspectiva é que nos atuais modelos estatais, até o princípio da legalidade passa por um redimensionamento que nos termos de Peña Freire:

(...) según esta nueva formulación del principio, sólo serán Estados de derecho aquellos modelos políticos-institucionales que incorporen normativamente una série de límites o vínculos materiales, como condiciones de validez normativa, a las posibilidades de expresión del poder político. Es decir, todos los actos de producción y ejecución jurídica llevados a cabo por cualesquiera poderes del Estado están, de diversos modos sometidos a derecho en todos sus aspectos, esto es, tanto en aspectos formales o procedimentales como materiales y de sentido⁷⁹.

Com isso quer dizer que o avanço desse modelo estatal frente ao Estado Liberal, situa-se no grau de efetividade desses limites como

⁷⁸ Deve-se ressaltar que, este conceito de Estado Social de Direito, devido a múltiplos fatores, assume variada terminologia no contexto atual, porém, referido sempre ao mesmo fenômeno, como por exemplo, Estado Democrático de Direito, tal como o consagra o artigo 1º da Constituição Federal do Brasil; Estado de Direito (não mais no sentido liberal clássico) ou Estado Constitucional de Direito como modelo estatal garantista. A propósito disto, observa CADEMARTORI, Sergio, op. cit. p. 175, a paradoxal situação em que se encontram os Estados de Direito contemporâneos, os quais, ao mesmo tempo em que instituem normas garantistas, ou seja, aquelas que visam plasmar normativamente os valores fundamentais da pessoa humana, de outra parte, realizam práticas, tendencialmente, antigarantistas. Tal contradição é, segundo o autor, constitutiva da estrutura destes Estados de Direito, sendo que o papel fundamental da teoria garantista, que opera sob o pressuposto do Estado Constitucional, é justamente o de reduzir esta defasagem ao mínimo.

⁷⁹ Segundo esta nova formulação do princípio, somente serão Estados de Direito, aqueles modelos político-institucionais que incorporem normativamente uma série de limites ou vínculos materiais como condição de validade normativa às possibilidades de expressão do poder político. Ou seja, todos os atos de produção e execução jurídica, levados a efeito por quaisquer dos poderes do Estado estão, de diversos modos submetidos ao direito em todos os seus aspectos, isto é, tanto nos aspectos formais ou procedimentais como materiais e de sentido. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *Op. cit.*, p. 58.

decorrência da afirmação do caráter jurídico das normas constitucionais, bem como, da possibilidade de vincular o Poder Legislativo. Como corolário disso tudo, o princípio da legalidade passa a ser visto como submissão do poder político de elaborar leis ao Direito, considerado este numa perspectiva mais ampla.

Portanto, essas questões levam a pressupor uma nova concepção de Direito, capaz de harmonizar-se com o Estado Constitucional o qual passará a ser entendido como o conjunto, não somente de normas de cunho geral e individual, no sentido kelseniano, como também de *princípios, diretrizes, garantias e instituições* capazes de restaurar-lhe a sua operacionalidade. Estas categorias teóricas, por sua vez, serão melhor explicitadas, tanto no seu sentido quanto na sua aplicabilidade a partir do capítulo III, ao ser estudada a teoria dos princípios de direito.

2.9 O Estado Constitucional de Direito e a Democracia

Torna-se necessário agora, proceder-se a uma análise da relação Estado Constitucional e democracia a fim de que se esclareçam certas questões que se revelam fundamentais para este estudo.

Deve ficar claro que no Estado Constitucional de Direito as regras e limites que o definem, precedem a determinação e funcionamento do seu regime democrático. Isso significa que a idéia da centralidade das pessoas e a garantia dos seus direitos, que formam as bases deste Estado, não são apenas valores externos ou condições axiológicas mas também vínculos estruturais de toda a dinâmica que nele se perfaz.

Tal questão também pode ser tratada nos termos expostos por López Calera⁸⁰ ao desenvolver a idéia daquilo que ele chama de uma *democratização moral* ou *racionalização social do direito*. Segundo o filósofo espanhol, a mais plausível justificativa do Direito é a sua racionalização social e a mais correta racionalização social do Direito é a sua legitimação democrática.

Por essa razão, o regime democrático surge, fundamentalmente, para confirmar que certos deveres e até mesmo direitos não são negociáveis e discutíveis ao ponto de serem tão importantes para a convivência social, que o Estado dispõe de força organizada a ser aplicada para garantir o seu respeito e realização. Nestas últimas reflexões, também pode-se observar reafirmação das características básicas do Estado no sentido weberiano, já comentadas⁸¹.

⁸⁰ LÓPEZ CALERA, Nicolás María. *Filosofía del Derecho*, p. 128.

⁸¹ Conferir o conceito operacional de Estado.

Na mesma linha de pensamento e buscando demonstrar a precedência histórica do Estado Constitucional com relação ao regime democrático, Ferrajoli⁸² assinala como elemento essencial, desde as primeiras cartas de Direito (da Magna Carta inglesa de 1215⁸³, passando pelas declarações de direitos do século XVIII e as constituições do século XIX) que as normas limitadoras do poder se manifestam com relevância maior do que as normas a respeito das fontes e exercício desse mesmo poder. Portanto, o Estado de Direito nasceu antes, como Monarquia Constitucional, limitando os poderes do monarca do que como democracia representativa.

Entretanto, o fato de haver uma precedência de cunho axiológico de princípios (da limitação do poder sobre o princípio do seu exercício e distribuição) não implica relação de primazia ou subordinação e sim uma ordem de exigência e reciprocidade entre eles.

A razão disso é que no Estado Constitucional e democrático existe um âmbito básico de organização jurídico-política em conexão com os valores fundamentais e fins valorativos que lhe outorgam um sen-

⁸² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*. p. 875.

⁸³ A respeito da Magna Carta, o historiador J.C. Holt minimiza a influência que esta Carta Política teria exercido na época da sua elaboração ao afirmar que: "For the modern historian it is a statement of liberties rather than na assertion of liberty; a privilege which was devised mainly in the interests of the aristocracy, and which was applicable at its widest to the free man - to a class which formed a small proportion of the population of thirteenth-century England" (Para o historiador moderno ela é um enunciado de liberdades e não uma afirmação da liberdade; um privilégio que foi pensado essencialmente no interesse da aristocracia, e que se aplicava, na melhor das hipóteses aos "homens livres"- a um estamento que constituía uma parcela ínfima da população da Inglaterra do século XIII). HOLT, J. C. Magna Carta. p.05.

sentido primordial e estão destinados à preservar aqueles direitos, tidos como vitais. Portanto, seja qual for o procedimento de decisão adotado pelo regime político do Estado Constitucional, a mesma haverá de garantir sempre a preservação dos direitos fundamentais⁸⁴.

Entendendo dessa maneira, a democracia se desintegrará caso venha a ser concebida como simples critério de legitimação de quaisquer decisões do poder, sempre que sejam elas majoritárias ou sempre que o representante do poder político tenha sido eleito pelo voto majoritário.

Tais concepções que por ventura possam ser adotadas, decorrem de uma incorreta compreensão do que, em realidade, significa democracia já que, correntemente, se entende que ela se reduz ao respeito incondicional da decisão da maioria.

Ao contrário disso, Bobbio chama a atenção ao fato de que, embora a Democracia seja estruturada num conjunto de regras, dentre as

⁸⁴ Isto não significa dizer que o Estado Constitucional de Direito pode até abrir mão do regime democrático, contanto que seus atributos básicos sejam preservados. Significa sim afirmar que, mesmo o regime democrático precisa ter certas regras de limitação, independente do tipo de Estado onde se exerça, para assegurar, inclusive a sua própria existência. Ou seja que se fosse considerar-se que a democracia consiste, fundamentalmente, na escolha de quaisquer decisões ou no seu referendo, desde que definidos pela base majoritária da sociedade, até a sua implementação, desde o ápice do poder político representativo, tal concepção resultaria num paradoxo intransponível. Isto porque, em nome do acatamento indiscriminado da decisão da maioria, correr-se-ia o risco de aceitar a inclusão, no sistema, de propostas antitéticas com os fundamentos dela mesma. Tais perigos são os que, em última análise, legitimam o § 4º, incisos I a IV, do art. 60 incluso na Constituição Federal como proteção necessária ao "Estado Democrático de Direito", proclamado no seu art. 1º. Ainda a este respeito, Carl Schmitt, ao analisar o fenômeno da ditadura, afirma que caso seja adotado como norma, o princípio liberal dos direitos humanos, então também se mostrará como ditadura um modelo de Estado onde possa ocorrer uma violação destes direitos; mesmo quando apoiada, tal decisão, na vontade da maioria. SCHMITT, Carl. *La Dictadura*, p.24.

quais a regra da maioria é a principal, esta não é a única e também não deve ser observada de maneira absoluta. Para o autor:

(...) mesmo para uma definição mínima de democracia, como é a que aceito, não bastam nem a atribuição de um elevado número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, nem a existência de regras de procedimento como a da maioria (...). Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir ou a eleger os que vão decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de reunião, de associação etc. - os direitos à base dos quais nasceu o estado liberal e foi construída a doutrina do estado de direito em sentido forte, isto é, do estado que não apenas exerce o poder sub lege, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos invioláveis do indivíduo⁸⁵.

Percebe-se nessas reflexões, um posicionamento teórico que se aproxima da concepção garantista, no que se refere aos limites do que pode ser decidido num regime democrático.

Quanto ao surgimento de novos direitos decorrentes dos direitos fundamentais, tarefa esta que também faz parte de um Estado Constitucional, outro autor que através de uma linha diversa de pensamento, também se aproxima desta visão *jus-política*, é Claude Lefort⁸⁶.

Segundo esse filósofo, numa sociedade democrática não é suficiente para a inscrição de novos direitos que uma ou outra reivindicação venha a contar com a complacência dos detentores do poder político. Primeiro, torna-se necessário que esta reivindicação,

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. 1986, p. 20.

⁸⁶ LEFORT, Claude. *Pensando o Político*, p. 45.

mesmo quando só diga respeito a interesses de um determinado grupo social, majoritário ou não, conte com uma espécie de acordo tácito de uma significativa parcela da opinião pública. Ou seja, que se inscreva no chamado espaço público.

Isso não significa ignorar os diversos *lobbies* que através de uma organização articulada fazem valer, nas diversas instâncias de poder, os seus propósitos. Mas por outra parte, uma das condições de êxito de tais reivindicações residirá na convicção partilhada pelo grupo social em geral, de que o novo direito está em consonância com as exigências de liberdade que são garantidas pelos direitos já existentes.

Essa questão é exemplificada pelo autor em dois casos clássicos. No século XIX, o direito de associação dos trabalhadores ou o direito de greve, mesmo tendo gerado uma mudança nas relações de força, foram reconhecidos exatamente entre aqueles grupos sociais que não eram seus instigadores, como sendo um desdobramento legítimo do direito de liberdade de expressão ou de resistência à opressão.

No século XX, o direito ao voto das mulheres bem como uma boa parte dos direitos sociais e econômicos, surgem como um prolongamento dos direitos primitivos ou os chamados direitos culturais, enfim, como um prolongamento do direito à instrução, nas palavras do autor. Ou seja, tudo isto ocorre como se os novos direitos viessem

retrospectivamente a incorporar-se ao que foi considerado constitutivo das liberdades públicas.

Entenda-se por liberdades públicas aquele conjunto de direitos e garantias conquistados, principalmente, nas revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII ou em outros termos, aqueles direitos que ao serem consolidados pelos nascentes estados pós-revolucionários, passaram da órbita do direito natural para o direito positivo. Tais liberdades são, na abrangente definição de Cretella Jr., consideradas como:

*Faculdades e pretensões subjetivas públicas de autodeterminação, individuais ou coletivas, declaradas expressamente pelo direito positivo, reconhecidas e garantidas pelo Estado, mediante as quais os respectivos titulares optam por modos de agir dentro de limites previamente delimitados pelo poder legislativo*⁸⁷.

Essas liberdades, ao serem concebidas como possibilidades jurídicas de exigir em juízo do Estado aquilo que se encontra expresso na Constituição ou nas leis, conforme salienta esse autor, configuram-se como direitos subjetivos públicos os quais serão tratados aqui como direitos fundamentais. Na sua maioria, eles são oriundos dos valores iluministas, conforme já foi mostrado⁸⁸, os quais foram incorporando-se gradualmente nas constituições ocidentais em geral num processo

⁸⁷ CRETELLA JR., José. *Curso de liberdades públicas*, p. 43-44.

⁸⁸ Conferir o conceito operacional de direitos fundamentais.

continuo que consagra, até o momento, os “direitos de quarta geração”⁸⁹. No caso do Brasil, estes direitos encontram-se positivados na Constituição Federal, principalmente nos artigos 5º a 17º, embora não de forma exaustiva.

A propósito dessa questão, Cademartori chama a atenção ao fato de que na Constituição brasileira os direitos fundamentais, com efeito, não se esgotam naqueles elencados no seu Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), posto que ao longo do texto constitucional vislumbram-se *garantias implícitas*⁹⁰. Justifica-se esta afirmação, na medida em que o art. 5º, § 2º da *Carta Maior*, estabelece a não exclusão de outros direitos e garantias, além daqueles compreendidos no Título II ou que venham a ser decorrências dos seus princípios ou resultantes de tratados internacionais firmados pela República Federativa do Brasil.

⁸⁹ A este respeito, conferir a obra de BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, bem como o conceito operacional de direitos fundamentais.

⁹⁰ O autor entende que o termo “garantias implícitas” refere-se a todas as garantias que, mesmo expressas, não se encontram concentradas no Título II da Constituição Federal, e sim esparsas ao longo do seu texto. CADEMARTORI, Sergio. *Op. cit.*, p. 173. Vanossi, por seu turno, afirma que no Estado de Direito como Estado garantista, é a efetivação das garantias que traduz a existência real dos direitos subjetivos. VANOSSI, José Reinaldo. *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, p. 07 Saliente-se também que, para este caso, os direitos fundamentais relacionam-se com as garantias fundamentais na medida em que os direitos representam por si mesmos, certos bens, enquanto que as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nestas esferas se projetam, pelo nexo que possuem com os direitos (...) os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se, conforme assevera MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. IV. p.88-89. Entretanto, opta-se, aqui pela definição garantista destas, na medida em que abrange também as chamadas “garantias institucionais” concebidas como aquelas que, além de disciplinar a tutela e o exercício dos direitos fundamentais, regem nos limites constitucionais, a proteção adequada ao funcionamento de todas as instituições estatais. Estas garantias, cujo reconhecimento no século XX, conjugam-se com a idéia de Estado Social, não se limitam à estreita proteção das liberdades que caracterizam os direitos individuais, mas também visam a permanência das instituições públicas que asseguram e promovem os direitos sociais (conferir BONAVIDES, Paulo. 1998. p. 481-503.).

É preciso salientar então, que essas garantias implícitas também o são no seu caráter fundamental, em nada diferindo quanto a este aspecto, de quaisquer outras estampadas no texto da Constituição. Isto significa, entre outras coisas, que dentro daquilo que se entende caracterizar um Estado de Direito⁹¹, todas as garantias implícitas são insuscetíveis de modificação ou supressão, constituindo verdadeiro atentado a esta forma de Estado, iniciativas dessa natureza. Caso isto ocorresse, conforme salienta Cademartori, não mais se teria um Estado de Direito e sim um distinto aparato de poder, seja qual for o seu nome.

Nesse sentido, são descritos na Constituição Federal como exemplos deste tipo de garantias, as constantes no artigo 19 que no seu inciso I, ao afirmar a laicidade do Estado, faz valer o princípio da igualdade nas práticas religiosas, sem privilegiar uma ou outra seita ou culto.

Assim também, o inciso III do mesmo artigo, salienta o princípio da igualdade de forma ampla. Já, o artigo 225 garante o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado; de outra parte, o artigo 150 e incisos estabelece uma série de garantias de ordem fiscal aos contribuintes.

⁹¹ Neste ponto da reflexão, e pelo que já foi exposto, deve-se entender que um autêntico Estado de Direito, seja ele chamado de Social ou Democrático, é aquele condizente com as características do Estado Constitucional de Direito na forma descrita pela concepção garantista.

Sob essas condições, de acordo com a visão garantista, a execução da Constituição, por parte do Legislativo, deve ser realizada através de uma série de opções e ponderações entre os seus valores e princípios, sendo que disso resultará uma orientação ou sentido político para o ordenamento jurídico do Estado Constitucional de Direito.

Esse sentido revela-se como uma abstração resultante desse conjunto de opções e ponderações realizadas pelo poder político dentre a pluralidade de valores constitucionais que determinarão uma orientação concreta que afetará todo o processo de produção normativa, a partir da *Lei Suprema*⁹².

Dessas considerações, pode-se deduzir que, a levar-se em conta a multiplicidade de desdobramentos axiológicos que podem ser extraídos das disposições fundamentais, estando, grande parte delas, configuradas sob a forma de princípios constitucionais sem caráter unívoco, é possível obter-se inúmeros novos direitos sob esta base comum.

2.10 A Relação entre Valores e Princípios

A propósito da dicotomia que se estabelece ao se tratar da

⁹² PEÑA FREIRE. Antonio Manuel. *Op. cit.*, p. 200.

relação valores/princípios, Alexy⁹³ esclarece que o gradual atendimento dos valores tem o seu equivalente ao gradual atendimento dos princípios, e vice versa, sem perda alguma de conteúdo para ambos. A diferença quanto à sua natureza reside no caráter *axiológico* dos valores que não se confunde com o caráter *deontológico* dos princípios.

Os conceitos deontológicos são aqueles que se encontram ligados a comandos, proibição, permissão ou direito a alguma coisa. Comum a todos estes conceitos, apresenta-se como conceito deôntico fundamental, o conceito de mandato ou de *dever ser*⁹⁴.

Quanto aos conceitos axiológicos, estes caracterizam-se pelo fato de que o seu conceito fundamental está ligado aquilo que é considerado bom. Assim sendo, a variedade de conceitos axiológicos resulta da variedade de critérios de acordo com os quais alguma coisa possa ser qualificada como boa. Como exemplo disso, pode-se citar o que é belo, valente, seguro, democrático, social, liberal ou então as

⁹³ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 138-148.

⁹⁴ A esse respeito, afirma Von Wright que é dentro das chamadas prescrições que são considerados os mandatos, permissões e proibições, que se dão ou se dirigem aos agentes com relação à sua conduta. Assim, as leis do Estado são autênticas prescrições. VON WRIGHT, G. Henrik. *Norma y Acción. Una investigación lógica.* p.34. Ainda a respeito deste tema, Vilanova afirma que no âmbito da teoria pura do direito: "do ser não provém o dever-ser, do meramente factual não provém o normativo, porque as modalidades são irreduzíveis, muito embora na composição do fato objetivo de cultura, que é o direito, haja interrelacionalidade entre os modos". Esta última parte da assertiva, corrobora a afirmação inicial (conceito operacional de teoria geral do garantismo) sobre as conexões (não se está falando em derivações) entre as esferas do ser e do dever ser. VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito.*p.50. No que se refere às estruturas formais deônticas e o caráter relacional do conceito de dever-ser, esta partícula não enuncia um predicado de um sujeito mas sim estabelece uma relação entre tipos de ações ou condutas decorrentes da verificação de pressupostos fáticos. VILANOVA, Lourival. *Lógica Jurídica.* p.86.

características axiológicas do Estado Constitucional de Direito, caso se queira apontar valores garantistas.

Com isso, pode-se dizer que os princípios e os valores são iguais quanto ao seu conteúdo qualitativo, sendo que a diferença entre eles é a de que os primeiros estão ligados à dimensão do dever ser (deôntica) e os segundos à dimensão daquilo que é bom (axiológica).

Por ser assim, no âmbito do Direito, que precisamente trata daquilo que é devido, essa esfera da realidade pronuncia-se mais em favor da utilização dos princípios do que na utilização dos valores. Explica-se isso pela constatação de que o modelo baseado nos princípios tem a vantagem de que neles se expressam de forma mais clara, ou objetiva, o seu caráter de *dever ser*. Soma-se a isto o fato de que o conceito de princípio, em menor medida do que o de valor, dá margem a falsas interpretações⁹⁵.

A respeito dessa dimensão axiológica que se pretende dar aos princípios, no caso de Aléxy, e às normas em geral, no caso da teoria garantista da validade, Habermas sustenta algumas críticas a essa tentativa de aproximação entre o Direito e os valores.

Segundo o filósofo alemão, direitos não podem ser assimilados a valores. De acordo com suas ponderações, é impossível atribuir-se um

⁹⁵ ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 138-147.

caráter de racionalidade jurídico-normativa aos valores, pois estes se diferenciam das normas na seguinte medida: enquanto as normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, os valores, ao contrário, devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Além do mais, os valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em dado contexto social e realizáveis teleologicamente. No caso das normas jurídicas, estas se referem a uma codificação binária, estando ela representada numa relação válida/inválida que não admite soluções intermediárias.

Se de um lado, os valores determinam relações de preferência possibilitando a opção entre bens mais atrativos do que outros; por outra parte, a validade deontológica normativa tem um sentido absoluto, de uma obrigação incondicional e universal⁹⁶.

Para Habermas, tais aproximações entre valores e normas jurídicas sugerem uma subordinação do Direito à Moral a qual, sob uma perspectiva que se pretenda pós-metafísica e racional, como se pretendem as teorias de Aléxy e do garantismo, torna-se fora de rumo, pois volta-se a carregar o Direito de conotações jusnaturalistas.

⁹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia - entre facticidade e validade*. v. I, p. 316.

A solução, portanto, remeter-se-á aos contextos discursivos, os quais se verificam em quaisquer decisões, inclusive jurídicas. O princípio do discurso desdobra-se, dentre outras formas, no princípio da moralidade e no da democracia. Enquanto o princípio da moralidade regula as relações informais na sociedade e perante seus indivíduos; o princípio da democracia regula as relações entre sujeitos jurídicos que se reconhecem como titulares de direitos. O sistema de direitos que simultaneamente assegura a autonomia pública e privada dos cidadãos, é interpretado e elaborado em procedimentos de legislação democrática e de aplicação normativa imparcial⁹⁷.

Entretanto, essas abordagens de Habermas referentes aos âmbitos da moralidade e do direito, terminam por revelar-se “*por demais vagas e obscuras*” segundo Vernengo⁹⁸, posto que nada falam sobre quais são, concretamente, as relações entre Direito e Moral. Assim sendo, a abordagem de Habermas não se revela substancial mas apenas processual ou formal. Além do mais, mesmo que se apele às práticas discursivas como única forma de encaminhar problemas frente ao Direito, não será possível tal encaminhamento sem um exame do conteúdo de tais discursos. Ocorre que, muitas vezes, tais conteúdos se

⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia - entre facticidade e validade. v. II. p. 305-325.

⁹⁸ VERNENGO, Roberto J. Validez y verdad en la Teoría de las Normas de Hans Kelsen. *III: Anales de la Cátedra Francisco Suárez* nº 25. p. 280.

referem a valores, muitos dos quais cada vez mais se evidenciam como marcos de legitimidade dos atuais Estados de Direito.

Conforme já se salientou, pretender uma conexão entre valores morais e Direito não significa que as normas jurídicas sejam inferíveis das regras morais⁹⁹. Portanto, não se quer dizer que as normas jurídicas adquiram sua existência como decorrência prévia de regras morais, posto que estas não possuem data certa de criação mas valem desde sempre. As normas jurídicas, ao contrário, são estatuídas por atos históricos de legisladores concretos¹⁰⁰.

O que ocorre é uma condensação jurídico-normativa de certos valores tidos como conquistas civilizatórias que, ao passarem a integrar as cartas constitucionais, afirmarão a legitimidade dos Estados que os acolham, caso sejam efetivamente reconhecidos pelas instituições estatais.

Observe-se que isto não significa um regresso ao Direito Natural, posto que tais valores já se evidenciam positivados nas constituições, não lhes sendo negado seu caráter histórico e nem a possibilidade do surgimento de novos direitos dessa índole a partir de um processo previsto e regulado pelo ordenamento jurídico positivo.

⁹⁹ Conferir o conceito operacional de Teoria Geral do Garantismo.

¹⁰⁰ Conferir CADEMARTORI, Sergio. *Op. cit.*, p. 147.

CAPÍTULO III

OS PRINCÍPIOS NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

3.1 Considerações Iniciais

Parte-se agora de um pressuposto que assinala a insuficiência da lei, em sentido estrito, como mecanismo de garantia e, portanto, na necessidade de outros instrumentos de proteção e implementação dos direitos fundamentais. Para tanto, a idéia basilar é a de que no Estado Constitucional a *Lei Suprema* não desempenha apenas o papel de fundar o ordenamento jurídico, na visão kelseniana de ordenamento escalonado e gradualmente construído. Segundo tal entendimento, a Constituição limita-se, basicamente, a regular a produção das normas gerais e também individuais e dispor sobre revogação ou alteração das mesmas, não sendo determinante o seu conteúdo¹⁰¹.

¹⁰¹ KELSEN, Hans. 1979 p. 309-313. No capítulo referente a estas páginas, o autor chega a mencionar a possibilidade da Constituição também determinar o conteúdo das futuras leis, fazendo menção, inclusive, aos direitos fundamentais mas afirmando que estes apenas são uma tentativa de impedir que certas leis, que os contrariem, possam ser criadas. Tudo isto sob o pressuposto de que a simples lei não tenha força para derogar a lei constitucional que determina a sua produção, via quorum qualificado, por exemplo. O sentido material de Constituição, para Kelsen é o de uma norma positiva através da qual é regulada a produção das normas jurídicas gerais e apenas isto.

Tal visão do Direito, na opinião de Peña Freire: “*parece apartar a la constitución de los procesos jurídicos y normativos, pues tiende a considerarla un hecho jurídico extraordinario y, quizás por ello, ajeno o desconectado de la realidad jurídica de cada día*”¹⁰²

Para o garantismo, ao contrário, a Constituição, mais do que uma norma que vincula outra norma inferior, estrutura-se como um complexo programa que visa a ordenação ou a constitucionalização social, política, econômica, cultural e assim por diante. Portanto, pretende atingir todas as relações de poder, sejam elas públicas ou privadas, que existem na sociedade.

Nessa perspectiva, os princípios constitucionais, explícitos e implícitos, desempenham um papel fundamental como reflexos normativos dos valores constitucionais conforme já se observou. Em outros termos, pode-se dizer que estes se traduzem juridicamente, desde a base do ordenamento jurídico, em princípios, nele explicitados ou não, tidos como verdadeiros instrumentos de implementação e proteção de tais valores historicamente consagrados na maioria dos sistemas normativos ocidentais.

Obsevar-se-á, então, como se configuram e como operam tais princípios que, ao exercer estas funções, limitam a atuação discricionária

¹⁰² Parece separar a constituição dos processos jurídicos e normativos pois tende a considerá-la um fato jurídico extraordinário e talvez por isso, alheio ou desconexo da realidade do dia a dia. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *Op. cit.*, p. 198.

estatal na mesma medida em que ampliam a esfera de proteção e atuação dos agentes sociais.

3.2 Os Princípios de Direito no Contexto do Ordenamento Jurídico

Princípios de direito se constituem em espécie do gênero norma jurídica¹⁰³, porém assumindo caráter fundamental ou generalíssimo, dentro do ordenamento jurídico¹⁰⁴. Este, por seu turno, é o conjunto ou complexo de normas que dentro de um contexto de relações sociais, outorgam sentido a cada uma dessas prescrições que o integram.

Em outros termos, caso se defina a norma jurídica (quanto à sua natureza) como aquele tipo de prescrição “*cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada*”¹⁰⁵, então, se a sanção somente é aquela que for institucionalizada, pode-se afirmar que como condição de existência da norma e do próprio Direito se faz necessário que exista também, grande ou pequena, uma organização. De outra forma, um completo sistema normativo ligado a um tipo de relação social, que lhe dê sustentação. Dentro deste tipo de formulação teórica, pode-se, inclusive entender o fenômeno das normas sem sanção (como

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. p. 158.

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto. 1996, p. 27.

são as normas de incentivo fiscal ou de estímulo a certas atividades econômicas, e mesmo os princípios) posto que:

“quando se fala de uma sanção organizada como elemento constitutivo do Direito nos referimos não às normas em particular, mas ao ordenamento normativo tomado em seu conjunto, razão pela qual dizer que a sanção organizada distingue o ordenamento jurídico de qualquer outro tipo de ordenamento não implica que todas as normas daquele sistema sejam sancionadas mas somente que o são em sua maioria”¹⁰⁶

Ou seja: o que em última análise irá identificar uma norma como sendo de Direito, será a sua inserção estrutural dentro de um ordenamento jurídico.

Os princípios de direito, por sua vez, não somente integram o ordenamento jurídico como também transcendem as normas comuns pois neles se expressa uma certa ordem de valores materiais como adiante se verá.

Aliás, a levar-se em consideração o que os diferentes juristas em diferentes épocas asseveram a respeito dos princípios de direito, pode-se destacar como características fundamentais deste tipo de prescrição, o seu maior grau de generalidade e abstração frente às outras normas. Some-se a isto, a sua carga valorativa, supremacia, flexibilidade ou otimização¹⁰⁷, bem como as suas, funções interpretativa e argumentativa.

¹⁰⁶ BOBBIO, Norberto. 1996. p. 29.

¹⁰⁷ O caráter de otimização dos princípios, a ser tratado no item 3.7, representa um avanço das atuais teorias jurídicas a respeito das técnicas de incidência dessas normas nos casos concretos. Em função disso, se mostrará aqui, de forma resumida, a superação nas técnicas de utilização dos princípios, de normas interpretativas e de reforço argumentativo, a normas de otimização, explicitando esta característica.

Sem considerar uma explanação histórica mais ampla a respeito dos princípios de direito, pode-se dizer que estes, em termos propriamente normativos, passaram a esta categoria quando se verificou o seguinte fenômeno: os princípios distanciaram-se da hermenêutica das normas programáticas onde tinham uma função supletiva nos casos de “lacunas na lei”.¹⁰⁸ Nesse contexto, eram invocados como princípios gerais necessários para suprir a proteção a determinada lesão a um direito que não encontrasse respaldo em uma norma prevista no ordenamento¹⁰⁹. Após o abandono da concepção hermenêutica dos princípios como meios secundários de suprir o vazio da lei, estes se consolidaram como normas plenamente operantes na Constituição, obedecendo um processo gradual.

Essa fase percorrida pelos princípios de direito, rumo à sua inserção constitucional, é chamada de “juspositivista”¹¹⁰. É nela que, conforme afirma Bonavides¹¹¹, os princípios levaram a cabo, na segunda metade do século XX, uma verdadeira revolução de juridicidade, sem

¹⁰⁸ Como será visto mais adiante, estas normas programáticas, embora já integrassem as constituições dirigentes de inícios do século XX, apresentavam-se tão somente, em caráter decorativo, sem possuir um caráter propriamente normativo e proclamando ideários a serem efetuados num futuro incerto. O seu reconhecimento como normas operantes dentro do ordenamento constitucional se consolidará gradualmente, na segunda metade desse século.

¹⁰⁹ No direito civil brasileiro, tais princípios são mencionados no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil como normas que devem atuar em caráter supletivo. Esses princípios gerais não se confundem, hoje, com os princípios constitucionais, embora a sua origem seja comum e remetam-se às máximas jusnaturalistas, as quais vieram ganhar notoriedade, no decorrer do século XVIII. Cabe ressaltar que no ordenamento jurídico brasileiro, a legislação civil explicitou alguns destes princípios gerais, como por exemplo, o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (princípio da obrigatoriedade), art. 5º da mesma lei (princípio da equidade), art. 400 do Código Civil (princípio da proporcionalidade da pensão alimentícia) dentre outros.

¹¹⁰ BONAVIDES, Paulo, 1998, p. 235.

¹¹¹ Ibidem.

precedentes na história do constitucionalismo. E isto ocorreu, precisamente, quando parte deles se separaram do amplo leque dos “princípios gerais de direito” e se configuraram como autênticos “princípios constitucionais”.

Além disso, é importante destacar que esses princípios, ao serem reconhecidos como normas na *Lei Suprema*, o fizeram como prescrições de primeiro grau, de suma importância e de imediato, as mais qualificadas dentre as normas constitucionais, ou seja, tornou-se patente a sua supremacia dentro do ordenamento jurídico¹¹². Supremacia não no sentido de grau hierárquico, mas no sentido de função preponderante dentro do sistema.

Explicitando melhor esta questão, pode-se dizer que os princípios, dentro do ordenamento jurídico, possuem duas funções: sistêmica e normogênica. A primeira estabelece que os princípios são as balizas do ordenamento jurídico, ou seja, servem como diretivas de organização do sistema. A segunda, por sua vez, deriva do fato de os princípios, por serem o fundamento do ordenamento jurídico, a partir deles, podem ser produzidas novas normas jurídicas. Nas palavras de

¹¹² BONAVIDES, Paulo, 1998, p. 232. Esta supremacia se evidencia na medida em que estas normas informam todas as outras disposições constitucionais, configurando assim, um modelo de Constituição. Observe-se, por exemplo, que a Constituição brasileira também é conhecida como “Constituição cidadã”, em função dos princípios e garantias que ao disporem sobre os direitos dos cidadãos, orientam toda a interpretação e aplicação das demais normas constitucionais em favor destes. Apesar disso, convém reiterar que, na sua primeira fase constitucional, os princípios figuraram como normas programáticas em caráter meramente formal sendo que, paulatinamente foram conquistando o status de normas aplicáveis. Esta questão será melhor examinada no item 3.4.

Canotilho: “ Os princípios têm uma função normogenética e uma função sistémica: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite “ligar” ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional” ¹¹³.

3.3 Princípios de Direito Implícitos e Explícitos

Afirma-se que os princípios de direito podem ser de duas ordens: de uma parte, os que se encontram objetivamente explicitados no ordenamento jurídico como, por exemplo, os princípios da Administração Pública, constantes no art. 37, *caput*, da Constituição Federal brasileira e, de outra parte, os que se encontram implícitos no sistema. Estes últimos são considerados implícitos, seja por estarem expressos na doutrina ou então, porque se consagraram de forma consuetudinária (sendo que estes últimos ganham uma maior relevância no sistema do *common law*). Para melhor entender esta questão, torna-se necessário tecer sobre ela algumas considerações.

Segundo Larenz¹¹⁴, os princípios, a partir de um certo momento da sua elaboração, dividem-se em duas categorias. Primeiramente, aqueles que se constituem em idéias jurídicas tidas como diretrizes na

¹¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 169.

¹¹⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 235-256.

aplicação do Direito, sendo elas *ratio legis* (ou seja, a razão das leis, portanto, máximas jurídicas invocadas para justificar a aplicação de certas leis mas não sendo elas normas e sim meras orientações jurídicas sem imediata incidência). Esta primeira categoria jurídica é chamada pelo autor de “princípios abertos”. Em segundo lugar, constam aqueles princípios que, por serem *lex*, possuem caráter normativo e, portanto, aplicação imediata e são chamados por Larenz de “princípios normativos”.

No que se refere a essa segunda categoria de princípios, não pairam dúvidas - ao menos na esfera do Direito Público - quanto à sua imediata incidência nas situações por eles, hipoteticamente abrangidas. Isto porque, como já foi dito, a partir da sua constitucionalização, os princípios, paulatinamente, deixaram de ter um caráter supletivo no uso do Direito e passaram a ter posição jurídica privilegiada dentro do ordenamento jurídico, de aplicação imediata, como normas de Direito que são¹¹⁵.

A esse respeito, Crisafulli¹¹⁶ admite nos princípios dois tipos de eficácia: a eficácia imediata para os “princípios normativos” na acepção de Larenz, ou seja, os já consolidados como autênticas normas jurídicas e uma eficácia mediata ou programática para os “princípios abertos”, ou seja, aqueles que não foram ainda reconhecidos como normas.

¹¹⁵ Conforme será visto mais adiante, a aceitação dos princípios constitucionais como normas imediatamente operantes, ainda não se consolidou no ordenamento civil brasileiro.

¹¹⁶ *Apud* BONAVIDES, Paulo. 1998. p. 244.

É justamente esse segundo tipo de princípios, bem como esse caráter programático, que apresentam maior dificuldade na sua delimitação e aplicação no Direito.

Uma das formas de aplicação de tais princípios que se apresenta como mais antiga é a descrita por Domenico Farias¹¹⁷ ao afirmar que a função mais definida que assumem os princípios é a interpretativa e integrativa. Será interpretativa (*ratio legis*), segundo o autor, quando a utilização dos princípios seja feita pelo jurista no momento de orientá-lo na extração do sentido das leis de teor obscuro ou impreciso e se diria também que, neste caso, ela também assume uma função argumentativa como discurso de persuasão ou convencimento. Quanto à sua função integrativa, esta ocorrerá na medida em que o jurista possa utilizar os princípios para suprir o silêncio das leis.

É exatamente esse o uso dos princípios que se verificava antes da sua incorporação aos ordenamentos constitucionais e mesmo antes de serem mencionados nos códigos civis sob a denominação de “princípios gerais de direito”. Isto porque, no período jusnaturalista, eles não se encontravam inscritos em nenhum corpo normativo. Foi na fase do jusnaturalismo iluminista (segunda metade do século XVIII) que estas máximas jurídicas gradualmente começaram a ser mencionadas nas

¹¹⁷ *Apud* BONAVIDES. Paulo. 1998. p. 246.

diversas codificações de normas de Direito. A propósito disso, Bobbio¹¹⁸ afirma que a idéia de codificação surgiu por obra do pensamento iluminista do século XVIII, consolidando-se ao longo do século XIX.

Dessa análise, resta então investigar se, hoje, os princípios não diretamente estatuídos nos ordenamentos jurídicos, podem também ser considerados como normas jurídicas e se, tal qual elas, podem ter aplicação imediata, superando a visão doutrinária tradicional que concebe os princípios implícitos como meras normas programáticas.

Para tanto, deve-se antes proceder a uma melhor análise a respeito desse último tipo de normas, posto que sofreram elas importante mudança de enfoque quanto à sua relevância e aplicabilidade na ordem jurídica.

3.4 Normas Programáticas: Natureza Jurídica e Operatividade

Ao tratar-se das normas programáticas, hoje, é preciso observar que, de fato, ao longo da história houve toda uma superação de enfoque na teoria constitucional a respeito delas, no que respeita ao seu papel e também quanto à sua incidência.

¹¹⁸-BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. p. 63.

Segundo José Afonso da Silva¹¹⁹, a questão concernente a estas normas torna-se relevante hoje, em razão de que elas traduzem uma clara tentativa de superação da democracia formal, tendendo a concretizar um regime de democracia substancial. Isto ocorre, na medida em que determinam a realização dos fins sociais do Estado via programas de intervenção na ordem econômica, tendo por escopo o bem comum e a justiça social.

Evidentemente que, tal se verificará, a partir de um entendimento de democracia que observe certas regras de clausura em termos do que pode ser objeto de deliberação social, em consonância com o Estado Constitucional de Direito, conforme já observado.

As razões dessas constatações sobre o papel de relevância das normas programáticas, decorrem de uma concepção a seu respeito que as descreve como aquelas que traçam as diretrizes do ordenamento estatal. Nessa medida, o seu conteúdo refere-se aos fins, não somente jurídicos, como também políticos econômicos e sociais, que modelam o Estado. Segundo Bonavides, através dessas normas, inseridas na Constituição, o constituinte estabelece premissas destinadas a formalmente vincular o desdobramento da ação legislativa dos órgãos estatais e, materialmente, regulamentar uma certa ordem de relações¹²⁰.

¹¹⁹ DA SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 156

¹²⁰ BONAVIDES, Paulo. 1998. p. 220.

Ainda segundo esse autor, essas normas assumem, em função do seu alto grau de generalidade, um caráter jurídico de princípio geral de ordem constitucional. Por ser assim, o vínculo programático contido no seu texto, não somente obriga como também prevalece sobre quaisquer normas de caráter infraconstitucional, já que as normas programáticas, por serem princípios, também possuem *eficácia interpretativa* sobre as suas normas cativas, conforme se irá observar.¹²¹

Entretanto, para melhor analisar tais entendimentos, torna-se necessário considerar que estas normas programáticas tiveram de sofrer toda uma evolução histórica até alcançarem o seu atual *status* jurídico-constitucional.

Ocorre que, tradicionalmente, entendia-se que elas se inseriam numa ordem de programaticidade puramente política do Estado. Assim até o advento da Primeira Guerra Mundial, diferenciavam os juristas o “direito positivo” do “programa”, ironizando-se esta terminologia, que mais tarde veio a consagrar-se no constitucionalismo de Weimar em 1919. Nesse contexto, tais normas programáticas eram chamadas, desde-

¹²¹ Este entendimento, adotado por Bonavides, define como “programáticas”, as normas que prevêm um programa de ação adotado pelo Estado, porém, direcionado, imediatamente, aos seus órgãos legislativos. Portanto, no seu entender, tais normas destinam-se a provocar uma sucessiva atividade legislativa que venha disciplinar uma dada matéria de acordo com o que a disposição programática prevê. Assim sendo, o autor, em termos de eficácia, separa as normas imediatamente preceptivas das normas programáticas ao estabelecer que estas somente irradiarão seus efeitos, após sua regulamentação infraconstitucional. BONAVIDES, Paulo. 1998, p. 221-227. Entretanto, pelo que aqui será exposto, considerar-se-ão, também as normas programáticas, como normas imediatamente preceptivas, ou seja, como normas que irradiam seus efeitos em caráter geral, independentemente da sua regulamentação legislativa.

nhosamente, de “meros programas”, ou ainda “admoestações morais” “declarações bem intencionadas”, dentre outros epítetos, visando-se com isto, recusar-lhes, tanto a sua eficácia quanto aplicabilidade. Concluía-se, então, que os princípios programáticos que passaram a integrar a Constituição de Weimar de 1919, não passavam de simples adereços decorativos¹²².

Com o advento e afirmação do Estado Social de Direito, já em meados do século XX, cujo compromisso social começou a superar as simples promessas de bem estar geral, passando a dar-lhes alguma concretização, as normas programáticas começam também a afirmar, cada vez mais, o seu caráter vinculativo. A partir de então, abandonaram, paulatinamente, o seu teor de simples programa de ação a ser encaminhado num futuro incerto, para tornar-se uma finalidade a ser cumprida pelo Poder Público. Entretanto, não se preocuparam os legisladores em identificar os meios adequados ao fim visado, ou seja, não se indicou quais as medidas específicas a serem procedidas para satisfazer o bem jurídico consagrado na norma¹²³.

¹²² BONAVIDES, Paulo. 1998, p. 218. Também a esse respeito, Carl Schmitt, ao comentar a elaboração da Constituição de Weimar de 1919, a qual no seu entender, não devia ser individualista burguesa e nem socialista bolchevista, afirma que esta Constituição limitou-se a colocar junto a outros diversos princípios, um programa de compromisso. Este programa se apresentava de forma diferenciada dos direitos fundamentais (pois estes somente seriam os direitos individuais), não tendo, tal programa, aplicabilidade imediata. SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. p.187-192.

¹²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social. Trabalho apresentado na IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Florianópolis. 1982.

Pelo que se observa dessa assertiva, embora a caracterização das normas programáticas tenha sofrido alterações, passando estas a serem consideradas como normas teleológicas, posto que visam um fim a ser atingido, este fim deixou de ser incerto, assumindo então tais normas, um caráter imediatamente preceptivo. Embora seja assim, os meios jurídicos que deverão ser utilizados na sua implementação não são levados em consideração por muitos juristas.

Observe-se, como exemplo disso, que Gomes Canotilho, em obra dedicada ao tema da vinculação do legislador aos ditames previstos em constituições dirigentes, apresenta o seguinte silogismo:

- 1 - *As directivas, normas ou programas constitucionais que reconhecem, directa ou indirectamente, direitos a prestações, não alicerçam qualquer pretensão subjectiva, judicialmente acionável (direito subjectivo público)*
- 2 - *Só quando o legislador concretiza essas directivas, fundamentando poderes jurídicos subjectivos, é que se pode falar de direitos subjectivos.*
- 3 - *Logo, os direitos subjectivos só existem no âmbito da lei ordinária.*

Imediatamente, o autor o denuncia como falacioso, na medida em que, tanto suas premissas, quanto a sua conclusão revelam-se incorretas. A seguir, estabelece linha diversa e verdadeira de raciocínio, desta vez afirmando que:

- 1 - *os direitos subjectivos públicos, sociais, econômicos e culturais, são independentes, quanto à sua irreduzível dimensão subjectiva, das imposições constitucionais e da sua concretização legislativa.*
- 2 - *os direitos subjectivos públicos, sociais, econômicos e culturais, mesmo na parte que pressupõem prestações do Estado, são direitos originários a prestações (fundados na constituição) e não direitos a prestações derivados da lei*
- 3 - *os direitos subjectivos a prestações, mesmo quando não concretizados, existem para além da lei por virtude da constituição, podendo ser invocados (embora não judicialmente) - grifo acrescido - contra as omissões inconstitucionais do legislador.¹²⁴*

A esse respeito, salienta José Afonso da Silva que, ao contrário dessa última assertiva do constitucionalista luso, a Constituição brasileira, outorga sim, meios institucionais aptos ao uso destas normas programáticas. A Constituição Federal garante a aplicabilidade imediata das normas fundamentais (art. 5º, § 1º C. F.), além de prever o instituto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º C.F.) e do Mandado de Injunção, (art. 5º, LXXI, C. F.) a fim de assegurar imediatamente, a quem pleiteie, a fruição de um direito constitucional carente de norma regulamentadora¹²⁵.

Além disso, a aplicabilidade direta, imediata e vinculante das normas programáticas, se realizará na medida em que:

¹²⁴ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. p. 370-371.

¹²⁵ DA SILVA. José Afonso, 1999. p. 145. Conferir também a esse respeito. BARROSO. Luis Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. p. 116-118.

- a) *O condicionamento que estes princípios estabelecem para a legislação subsequente, torna por ação, inconstitucionais todas as normas que os contrariem.*
- b) *Definem uma ideia ou modelo de Estado e de sociedade, salientando a sua finalidade de realização do bem comum e da justiça social.*
- c) *Como princípios que são, assumem um caráter interpretativo e integrativo com relação às outras normas, estabelecendo o seu sentido teleológico no momento da sua aplicação.*
- d) *Servem como parâmetro da atividade discricionária, tanto da Administração Pública quanto do Poder Judiciário.¹²⁶*

Nesse último caso, observa-se que, no que respeita à atividade administrativa, essas normas se consubstanciam como autênticos princípios informadores de um modelo de Estado e seu regime político de atuação. Este modelo é o que estabelecerá a orientação axiológica a ser encetada pela Administração Pública, atendendo, precisamente, os valores constitucionais.

Caso tais desideratos não sejam atendidos, caberá então, o apelo ao Judiciário, denunciando-se o descumprimento de tais preceitos normativos. Ocorrendo isso, o processo interpretativo a ser realizado pelo julgador será o resultado da sua compreensão valorativa das tendências sócio-culturais da comunidade, combinadas com as bases axiológicas que definem a ordem jurídica.

Entenda-se isso, como um processo de mediação a ser levado adiante pelo juiz, entre os valores sociais naquele contexto vigentes e os fundamentos constitucionais que o regem.

¹²⁶ DA SILVA, José Afonso. 1999, p. 164.

Dessa forma, tal processo consistirá em investigar quais são os critérios hierárquicos de valor nos quais se fundamenta e se inspira o ordenamento jurídico; verificado isto, partir-se-á para a solução do caso concreto¹²⁷.

Mais adiante, essa questão envolvendo uma teoria da decisão jurídica será retomada e melhor vislumbrada, a partir do prisma de Ronald Dworkin¹²⁸. Antes porém, se irá observar onde se situam as normas programáticas dentro dos diversos graus de eficácia que se projetam das normas constitucionais.

3.5 Graus de Eficácia Constitucional e Normas Programáticas

Ainda com respeito às formas de incidência das normas programáticas, dentre quais podem ser citadas como exemplo na Constituição Federal, as estatuídas nos artigos 3º; 21, IX; 215, § 1º; 216, § 1º e 170, *caput*, dentre outras, salienta José Afonso da Silva¹²⁹, que estas obedecem um grau de *eficácia limitada*. Esta, por seu turno, não se confunde com a chamada *eficácia contida*, observada, principalmente, nos direitos individuais, sendo que estes dois tipos

¹²⁷ Conferir RECASÉNS SICHES. Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. p.227.

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*.

¹²⁹ DA SILVA. José Afonso. 1999. p. 167-263.

ainda não se identificam com a *eficácia plena*, posto que, cada uma destas, corresponde a determinadas normas constitucionais.

A fim de estabelecer as distinções necessárias, esse autor diferencia estes três tipos de eficácia conforme sistemática a seguir descrita.

As normas constitucionais têm eficácia plena, quando recebem do legislador constituinte normatividade suficiente para incidir no mundo do ser, imediatamente, produzindo os seus efeitos jurídicos desde já, vale dizer, independentemente de quaisquer outras normas ulteriores.

Já, as normas constitucionais de eficácia contida, recebem também do legislador constituinte normatividade suficiente como para regular todos os interesses por elas visados, em princípio, de forma plena. Entretanto, estas também prevêm meios normativos tais como leis regulamentares ou admitem um enquadramento jurídico dentro de conceitos genéricos ou indeterminados que, ao contrário de estarem eles destinados a desenvolver de forma ampla a sua aplicabilidade, visam, isto sim, limitar a sua abrangência.

Portanto, situam-se esses meios normativos, dentre os meios limitativos da Constituição. Por exemplo, se o meio limitativo for um conceito genérico ou indeterminado como “ordem pública”, considerada

dada situação como ofensiva a esta ordem, poderá o Poder Público, através do seu poder de polícia, impedir a realização de determinado culto religioso, restringindo o direito consagrado no art. 5º, VI da Constituição Federal.

De outra parte, no caso de não existir ainda uma lei regulamentadora de certo direito constitucional de eficácia contida, cabe o exemplo do art. 5º, XXVII que prescreve: *“aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”*.

Neste artigo, a norma confere um direito cuja redação final (“...transmissível pelo tempo que a lei fixar”) contém uma regra de contenção da sua eficácia. Observe-se, então que embora este dispositivo mencione uma lei regulamentadora, ele não possui uma eficácia limitada pois, se esta legislação ulterior não for promulgada, a norma constitucional não sofre limitação alguma e os direitos nela contidos incorporam-se, plenamente ao patrimônio do herdeiro.

Não obstante isso, caso venha a ser promulgada uma lei regulamentadora, ocorrerá a restrição imposta na norma constitucional, desde que não tolha completamente a sua eficácia¹³⁰.

¹³⁰ No caso deste dispositivo constitucional, a sua regulamentação ocorreu com a Lei nº 9610/98.

Por último, no que se refere às normas de eficácia limitada, caracterizam-se elas por não terem recebido, do legislador constituinte, normatividade suficiente para a sua aplicação, ao contrário das normas de eficácia plena e eficácia contida, transferindo à legislação infraconstitucional, o encargo de integrar e especificar a matéria nelas prevista. Por esta razão, afirma-se que as normas nesta categoria, possuem eficácia ab-rogativa da legislação precedente que lhe seja incompatível, criando, então, regra geral, direito subjetivo negativo, ou seja, impossibilitam qualquer legislação ulterior que venha suprimir ou restringir algum direito por elas conferido.

As normas programáticas,¹³¹ conforme já se afirmou, inserem-se nesta última classificação, segundo Da Silva.

Entretanto, ao tratar das normas constitucionais no plano hermenêutico, Streck formula uma crítica geral à classificação desses dispositivos em programáticos, de eficácia limitada, contida ou plena, afirmando que não há um dispositivo constitucional que, em si mesmo, seja programático, de eficácia, limitada ou plena. Para o autor, o texto constitucional é/será aquilo que o processo de produção de sentido a ser elaborado pelo julgador, estabelecer como o arbitrário juridicamente

¹³¹ Além das normas programáticas. José Afonso da Silva também inclui como normas de eficácia contida, as chamadas normas de princípio institutivo. DA SILVA, José Afonso. *Op. cit.*, 1999, p. 118.

prevalecente¹³².

Pode-se considerar tal afirmação, no plano garantista, asseverando que os parâmetros para tal processo de produção de sentido remeter-se-ão às estruturas históricas (que partem dos valores iluministas), políticas (centradas na idéia garantista de democracia) e sociológicas (o qual considerará a função de tais normas no espectro social) que fundamentam o Estado Constitucional de Direito.

Deve-se, então, reafirmar que no âmbito desse modelo estatal, o caráter, seja ele de eficácia limitada ou não, das normas ditas programáticas não pode impedir que, originariamente, vale dizer, independente de qualquer legislação ulterior, estas normas assumam, desde já, o papel de orientadoras de toda a atividade dos órgãos do Poder Público. Tal atribuição irá se perfazer na medida em que elas sejam encaradas como indicativas do sentido sócio-político do ordenamento estatal, apoiado na idéia da centralidade do pessoal frente

¹³² Segundo o autor, o intérprete do Direito é um sujeito inserido/jogado de forma inexorável em um meio ambiente cultural e histórico, é dizer numa tradição. Dessa maneira, para ter acesso a um texto, o intérprete não pode fazê-lo como alguém separado da realidade a ser interpretada, mas desde sempre integrado num mundo linguístico comum. No âmbito do Direito, a interpretação pressupõe sempre uma nova leitura das normas jurídicas na qual cada caso concreto gerará uma nova aplicação ou cumprimento da norma tratada. Desenvolvendo estas reflexões, Streck afirma que "O intérprete compreende o conteúdo da norma a partir de uma pré-compreensão, que é a que lhe vai permitir contemplar a norma desde certas expectativas, fazer uma idéia do conjunto e perfilar um primeiro projeto, ainda necessitado de comprovação, correção e revisão através da progressiva aproximação à coisa por parte dos projetos em cada caso revisados com o que a unidade de sentido fica claramente fixada." No campo específico do Direito, a tarefa de fundamentar a pré-compreensão pertence à teoria constitucional, missão esta que não possui um caráter discricionário, na medida em que se perfaz num contínuo dar e tomar, confirmada e corrigida pela prática do caso concreto. STRECK, Lênio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. p. 218-236.

ao poder, idéia esta que deve conduzir tanto o intérprete quanto o aplicador do Direito.

Sendo assim, conclui-se que quaisquer normas ou providências administrativas ou políticas que venham a prescrever ditames diversos ou ainda o descumprimento das orientações valorativas por elas estabelecidas, deverão, tais medidas, ser, de imediato, consideradas inválidas por afrontar a Constituição.

Para tanto, a observância da validade normativa também deverá adequar-se ao conteúdo axiológico de todo o ordenamento constitucional o que pressupõe uma redefinição desta categoria na sua concepção positivista tradicional como forma, inclusive, de conferir a estas orientações, a sua necessária legitimidade jurídica, tarefa esta que adiante será efetuada, ao se tratar do controle garantista da discricionariedade administrativa. Deve-se salientar que tal aproximação entre valores e Direito, será levada a efeito dentro do paradigma juspositivista atual, portanto, sob um parâmetro de racionalidade diverso do jusnaturalismo.

Por ora, torna-se necessário investigar a possibilidade de normatividade dos princípios implícitos como questão de ordem.

3.6 Os Princípios Implícitos e seu Caráter Normativo

No que tange à questão de haver ou não um caráter normativo nos princípios implícitos, problema este que se torna relevante ao se considerar princípios comuns ao âmbito jurídico-administrativo tais como os da *razoabilidade e proporcionalidade* a serem tratados mais adiante, é exemplar a argumentação desenvolvida por Crisafulli¹³³ ao afirmar que,

(...) se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal, obtenho sempre animais e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso.

Reflexões como essa, embora deixem claro apenas esse caráter normativo dos princípios ainda não explicitados nos ordenamentos positivos, terminam por fazer com que a concepção tradicional da velha hermenêutica constitucional da segunda metade do século XX, que via neles carência de normatividade, abra caminho doravante, a uma modificação doutrinária definitiva no Direito em geral, conforme observa Bonavides¹³⁴.

¹³³ Apud. BOBBIO, Norberto. 1996. p. 158.

¹³⁴ BONAVIDES. Paulo. 1998. p. 232.

No que diz respeito à esfera do Direito Público, especificamente considerado, essas normas implícitas assumem papel de destaque, contando com uma aceitação já consolidada, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, como adiante será mostrado, ao tratar-se dos princípios de direito administrativo.

Quanto ao problema de saber-se como essas normas se aplicam, observar-se-á isso, primeiramente, com relação aos princípios de maneira geral.

A seguir, ao se analisar a incidência dos princípios na dimensão do Direito Público, estudar-se-á, mais detidamente, a operatividade de alguns dos princípios constitucionais ainda não explicitados no ordenamento constitucional. A importância de tais análises deriva do fato de que estas normas, embora estejam implícitas no ordenamento jurídico, mostram-se decisivas para o controle jurisdicional da atividade discricionária estatal servindo, então, de salvaguardas aos direitos dos cidadãos.

3.7 Os Princípios e sua Operatividade na Visão de Aléxy

Aléxy, classifica os princípios como espécies do gênero norma jurídica junto com a outra espécie normativa, qual seja, a das regras.

Estas se diferenciam dos princípios, na sua aplicabilidade, da seguinte forma: enquanto as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não, ou seja, se uma regra é válida deve-se cumprir exatamente o que ela exige, sem mais nem menos, os princípios determinam que alguma coisa seja realizada na maior medida possível, dentro das possibilidades reais e jurídicas existentes¹³⁵.

Por essa razão, os princípios são chamados, por Aléxy¹³⁶, de “normas de otimização” (*Optimierungsgebot*), caracterizadas pelo fato de que podem ser cumpridas em diferente grau e que a medida do seu cumprimento não somente depende de possibilidades reais ou fáticas como também jurídicas. As possibilidades fáticas dizem respeito à adequação da norma às circunstâncias e condições apresentadas no caso concreto. No que tange à dimensão das possibilidades jurídicas, esta estará determinada pelos princípios e regras que venham a contrapor-se em determinado caso.

Explicitando melhor esta questão, o autor afirma que, se os princípios determinam que algo deve ser realizado na maior medida do possível considerando possibilidades fáticas e jurídicas, eles não possuem comandos definitivos e sim *prima facie*. Isto significa que somente após a relação de preferências estabelecidas entre princípios,

¹³⁵ ALÉXY, Robert. *Op. cit.*, p. 86.

¹³⁶ *Ibidem*

quando colidem em dado caso concreto, estabelecido qual deles é o mais relevante e portanto, prevalente para aquele caso, a partir de então, torna-se ele uma regra que prescreverá um direito definitivo. Entenda-se como direito definitivo, aquele juízo concreto de *dever ser* que tem como conteúdo a declaração de que a alguém corresponde um direito.

Elucidando melhor esta questão, afirma o jurista alemão que os princípios apresentam razões que podem ser deslocadas por razões opostas advindas de outros princípios¹³⁷. Ocorrendo, por exemplo, uma colisão entre duas dessas normas, num determinado caso concreto, a solução para tanto pode ser obtida através da inserção de uma relação condicionada de precedência entre eles. A fundamentação desta, será dada através de um enunciado ou postulado de ponderação racional.

A racionalidade dessa ponderação, por sua vez, pode ser sintetizada no seguinte axioma: *“Quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior será a importância da satisfação do outro para a solução do caso”*.

Significa dizer que, o *peso* ou valor que encerra um princípio, não é determinável em si mesmo ou de maneira absoluta, e sim através da relação entre *pesos* ou valores relativos entre princípios conflitantes em um determinado caso.¹³⁸

¹³⁷ ALÉXY, Robert. *Op. cit.*, p. 99.

¹³⁸ ALÉXY, Robert. *Op. cit.*, p. 157-161.

Pode-se exemplificar toda essa sistemática de aplicação dos princípios, no âmbito do Direito Público, considerando-se os casos de convalidação¹³⁹ de atos administrativos com vício de legalidade. Se, de uma parte, o *princípio da legalidade* exige a invalidação dos atos viciados em geral, por outra parte, no caso de um ato que não apresente ofensa grave ao ordenamento jurídico, o princípio da legalidade pode ser deslocado por outros princípios (opostos a ele nesta situação) como o da *segurança das relações jurídicas* e o da *boa-fé*. Caso se entenda que a observância destas normas é mais relevante, neste caso, do que o princípio da legalidade, será determinada a convalidação do ato administrativo e não sua invalidação¹⁴⁰.

Evidentemente que, em última análise, o julgamento dessa relevância, que é opção discricionária pautada por princípios, será o resultado de formulações morais e/ou políticas as quais deverá chegar, tanto o aplicador da medida, quanto o julgador de um caso que envolva tal tipo de conflito normativo levado à via judicial¹⁴¹.

¹³⁹ Segundo Bandeira de Mello, a convalidação do ato administrativo consiste no o suprimento de invalidez do ato, com efeito retroativo. Entende-se errônea esta assertiva pois o suprimento é de validade do ato que se apresenta com vício de legalidade sanável. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, 1998, p. 298.

¹⁴⁰ A este respeito, Weida Zancaner afirma que "o princípio da legalidade exige a invalidação dos atos viciados insuscetíveis de convalidação, entretanto pode sofrer intersecção de outros princípios, o que nos levará a apontar barreiras ao dever de invalidar. Com efeito, foi visto que este dever pode se transmutar no dever de não invalidar, ora tão-só por força do princípio da segurança jurídica, ora deste, aliado ao da boa-fé quando em causa atos ampliativos de direito". ZANCANER, Weida. Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos, p. 90.

¹⁴¹ A este respeito, salienta Eros Grau, ao tratar da incidência dos princípios de direito, que neste aspecto, o fenômeno jurídico não é uma questão científica, porém, uma questão política e, de outra parte, a aplicação do direito é uma prudência e não uma ciência. GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, p. 99.

3.8 Os Princípios e sua Operatividade na Visão de Dworkin

Para uma melhor compreensão, se estudará esse tema sob o prisma de outro autor que também propõe uma abordagem renovada sobre a teoria dos princípios numa linha de pensamento similar à de Aléxy e, por vezes, tecendo argumentos que se complementam com os dele. Trata-se de Ronald Dworkin¹⁴².

Preliminarmente, deve-se observar que apesar desse jurista basear o seu trabalho quase que exclusivamente sob a ótica do sistema do *common law*, o que poderia comprometer uma análise mais acurada sobre as questões de direito do ponto de vista do sistema continental europeu, tido como o sistema predominante no Brasil, esta última observação deve sofrer reparos. Isto porque, é cada vez mais evidente o intercâmbio de influência entre ambos os sistemas nas suas órbitas de atuação, pois, como afirma Reale, é justamente em virtude da crescente afirmação da jurisprudência que acentua-se, cada vez mais, no mundo ocidental, uma significativa aproximação entre o sistema de direito continental-europeu e latino-americano (de origem romanística,

¹⁴² Embora estes autores também apresentem alguns pontos de discordância nas suas explanações sobre a operatividade dos princípios de direito, não se analisará esta polêmica mas utilizar-se-á, sim, os seus argumentos naquilo em que se complementam a fim de elaborar-se uma idéia mais coerente sobre a aplicabilidade destas normas.

atuando sob o primado da lei) e o sistema do *common law*, marcadamente costumeiro e jurisprudencial.

A essa afirmação acrescenta ainda Streck, ao comentar essa questão que: “*No ordenamento jurídico brasileiro é possível perceber a crescente importância dos tribunais e dos próprios órgãos administrativos superiores no desenvolvimento da vida jurídica*”. Ainda a este respeito, este autor comenta o posicionamento de Reale, afirmando que são dois os principais fatores que concorrem para a verificação deste fenômeno de aproximação de sistemas de direito: a) o desajuste mais acentuado entre certas leis vigentes e as imprevisíveis exigências sócio-econômicas resultantes do impacto tecnológico; b) a crescente participação do Poder Público nos domínios econômicos, gerando formas de conflito que só com grande engenho podem ser regidas por textos legislativos elaborados para disciplinar relações estritamente privadas¹⁴³.

Vistas estas questões preliminares, pode-se agora reportar-se às ponderações de Dworkin.

Esse autor formula uma crítica ao positivismo jurídico, estabelecendo uma distinção entre normas, diretrizes e princípios (neste caso, o conceito *norma*, está referido a estas em sentido estrito, ou seja, como *regras* ou normas comuns).

¹⁴³ Estas reflexões encontram-se, respectivamente em: REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, p. 203 e STRECK, Lênio. Súmulas no Direito Brasileiro - Eficácia, poder e função, p. 90-96.

Para Dworkin o positivismo tradicional apenas considera as normas que se aplicam totalmente a um caso determinado ou então não se aplicam. Assim, o modelo positivista tradicional se baseia em normas de carácter mais restrito às hipóteses nelas previstas, com um grau menor de generalidade e abstração na sua aplicabilidade aos casos concretos¹⁴⁴.

O jurista norte americano, ao contrário desses postulados, sustenta que ao lado de tais normas, também existem os princípios e as diretrizes. Para diferenciá-los, Dworkin afirma que, enquanto as diretrizes se referem a objetivos sociais que devem ser alcançados e que são considerados socialmente benéficos, e portanto gozam de um status político, os princípios referem-se à justiça e equidade (*fairness*).

Se, no caso das normas comuns ou regras, estas se aplicam ou não aos casos concretos dentro de uma perspectiva de “tudo ou nada” (*an all or nothing*), os princípios estabelecem as razões para decidir de uma forma determinada e, ao contrário das outras normas comuns, o seu enunciado não determina as condições de sua aplicação mas sim o seu conteúdo material ou peso específico, ou seja, o valor que encerram e que define quando eles serão aplicados ou não.

Disso decorre a conclusão de que um princípio aplicado a um determinado conflito de interesses (*lide*), caso ele não venha a

¹⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 09.

prevalecer, nada impedirá que amanhã, em outra circunstância, volte ele a ser utilizado, agora de forma conclusiva..

No caso de uma relação entre regras, não cabe analisar se uma é mais importante do que a outra (em termos de valor ou peso), então, se uma regra entrar em conflito com outra, não se cogita que uma prevaleça sobre a outra em função do seu peso maior e sim em função da sua validade. Se ocorrem os fatos enunciados na regra então ela será válida e sua resposta deverá ser aceita, caso contrário, ela deve, de plano, ser afastada, não contribuindo em nada para a decisão da lide.

É por esta razão que o significado de validade da regra, está associado ao “tudo ou nada”, mas no caso dos princípios, o que conta é o peso ou valores materiais daquilo que eles postulam.

Os princípios informam as normas comuns ou regras, de tal sorte, que a literalidade da regra poderá ser desconsiderada pelo julgador quando violar um princípio considerado importante para aquele caso específico, em função do seu conteúdo e força argumentativa¹⁴⁵.

Deve-se observar, aqui, que se está tratando da categoria jurídica “validade” no seu sentido tradicional, ou seja, despida de qualquer carga axiológica. Ao reformular-se este conceito em termos garantistas, ver-se-á que, qualquer juízo de validade normativa deverá

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.* p. 01.

levar em consideração os valores derivados dos direitos fundamentais constitucionais.

Portanto, a partir dessa reformulação, passa a ser irrelevante a diferenciação entre regras e princípios do ponto de vista da validade das regras, contraposta ao *peso* ou valor destes últimos. Em verdade, o que passa a ser relevante, é a conformação heurística dos princípios, como normas primariamente consideradas a orientar a solução de um conflito jurídico e cuja adoção não será obrigatória para casos semelhantes. Isto porque dependerá das valorações ponderadas, racionalmente, em cada situação. Sendo assim, a ductilidade ou otimização dos princípios revela-se como seu principal atributo a diferenciá-los das demais normas de Direito.

3.9 Os Parâmetros Constitucionais do Político e do Moral na Atuação Jurisdicional

Todas essas questões referentes à operatividade das normas, estão também ligadas a uma teoria da decisão jurídica. Neste campo, interessa saber até que ponto pode-se conceber discricionariedade na decisão do juiz quando a aplicação do Direito versa sobre questões de ordem moral, política ou puramente administrativa.

Observe-se que tais considerações possuem repercussão direta no tema referente ao controle que o julgador exercerá sobre os atos advindos de outros poderes, especialmente quando forem atos discricionários.

Pode-se dizer, também, que tais situações se constituem em *hard cases*, casos difíceis que desafiam a capacidade do juiz de, ao mesmo tempo em que tenta proteger direitos ameaçados, não só no âmbito da legalidade estrita - mas num espectro mais amplo que pode envolver questões políticas, morais econômicas ou administrativas - deve também respeitar os limites de atuação dos outros poderes e suas funções perspicuas (já sejam políticas ou administrativas, por exemplo).

Observar-se-á, então, essas questões segundo o pensamento de Dworkin que, como se verá, aproxima-se ao posicionamento garantista no que tange a essa matéria e fornece a essa teoria, elementos de análise que a complementam, tanto do ponto de vista político como jurídico.

Para Dworkin, o juiz, ao decidir um caso difícil, não o faz em duas etapas diferentes, ou seja, primeiro observando onde terminam as limitações institucionais para, logo a seguir, abandonar os textos legais ou doutrinários e decidir por conta das suas convicções pessoais. Ao contrário disto, as limitações institucionais que os juízes recebem, segundo o autor, são sutis e penetrantes e permanecem na sua decisão final¹⁴⁶.

¹⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.* p. 153.

Portanto, Dworkin, sob o prisma do chamado pós-positivismo, defende um entrelaçamento entre Direito, Moral e Política, mas não de uma maneira desarticulada e sim obedecendo certos parâmetros que devem guardar estrita coerência e garantem a decisão certa¹⁴⁷. Segundo ele, a influência das diretrizes sobre as decisões que envolvam questões políticas são cumulativas e os juizes, assim como todos os agentes políticos, estão submetidos à doutrina da responsabilidade política nas decisões que proferem.

Mas, a diferença fundamental, em termos de conseqüências, entre decisões políticas e decisões jurídicas é que as primeiras não necessitam guardar coerência entre uma e outra decisão para casos semelhantes (quando as decisões são tomadas por órgãos políticos por excelência como o Legislativo, por exemplo). As decisões jurídicas, ao contrário, devem em qualquer caso, ser coerentes, pois não devem deixar margem para a idéia de uma estratégia que possa ser melhor aplicada, oferecendo uma distribuição desigual de direitos para casos semelhantes¹⁴⁸.

Ainda a respeito do ponto de vista da dimensão política, o autor afirma que nenhuma finalidade desta natureza tornar-se-á um

¹⁴⁷ A polêmica entre Dworkin e os juristas Aulis Aarnio e Herbert Hart a respeito da existência de uma decisão certa a ser dada pelo julgador, conforme afirma aquele e a sua inexistência conforme sustentam Aarnio e Hart através de diferentes linhas de reflexão, não será aqui abordada por fugir ao escopo deste trabalho.

¹⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 154-155.

direito, exceto se tiver um certo *peso* sobre outros objetivos coletivos em geral (diretrizes políticas), ou seja, a menos que seja impossível derrotá-la apelando para alguma das diretrizes comuns da administração ou da esfera política e sim, que seja necessário recorrer a um objetivo de especial urgência. Para Dworkin, os objetivos sociais que caracterizam as decisões políticas devem estar sempre subordinados aos direitos e princípios que os fundamentam. Argumentos políticos justificam uma decisão política demonstrando que favorece ou protege alguma meta coletiva da comunidade como um todo. Entretanto, se houver conflito entre decisões políticas e direitos individuais, prevalecem sempre estes últimos. Portanto, os argumentos de princípio (âmbito do Direito) propõem-se a estabelecer um direito individual, já os argumentos políticos propõem-se a estabelecer um objetivo coletivo.

Para melhor especificar essa afirmação, o autor recorre a uma divisão teórica entre o que ele chama de “direitos concretos” e “direitos abstratos”, sendo que estes também são considerados pelo autor como “princípios concretos e abstratos”. Um princípio ou direito abstrato é definido como uma finalidade política geral cujo enunciado não dirá como se considerará o seu *peso* com o de outras finalidades políticas ou que compromissos envolve. Por exemplo, os direitos e liberdades de expressão, dignidade ou igualdade. Já os princípios concretos, são

finalidades políticas definidas com uma maior precisão a ponto de exprimir claramente o peso que possuem frente a outras finalidades políticas em situações específicas.

Desta forma, os princípios abstratos proporcionam argumentos aos princípios concretos, mas o reclamo de um direito concreto é sempre mais decisivo do que qualquer reclamo de um direito abstrato que lhe sirva de embasamento¹⁴⁹.

Com respeito ao âmbito moral no jurídico, pode-se dizer que, o julgador diante de um caso de difícil solução, deverá considerar o seguinte: preliminarmente as tradições morais da comunidade que se incorporaram definitivamente ao corpo institucional, ou seja, a moralidade constitucional, ou ainda, os direitos fundamentais dos cidadãos. Sendo assim, a moralidade, no âmbito do Direito, é uma decorrência dos valores sociais que, ao longo do tempo, se institucionalizam como direitos fundamentais. Fixado este parâmetro básico, o juiz hipotético, idealizado por Dworkin como modelo de julgador (Hércules), deverá considerar que os indivíduos têm o direito a que se façam respeitar coerentemente, os princípios em que se baseiam suas instituições.

E justamente, esse direito institucional, definido pela moralidade constitucional, que Hércules deverá defender, mesmo contra

¹⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 162.

qualquer opinião incongruente com tais princípios, por mais popular que ela seja, em determinado contexto¹⁵⁰.

Percebe-se, agora a aproximação teórica entre estes postulados e a teoria garantista. Tal ocorre na medida em que, também Dworkin compartilha a idéia de que a base de sustentação de um Estado de Direito deverá ser a proteção e implementação dos direitos fundamentais, tal qual deve sê-lo no Estado vislumbrado pelo garantismo, independente de eventuais posicionamentos majoritários que venham a contrariá-los.

Resumindo: para Dworkin, o julgador não possui uma liberdade política ou moral no seu julgamento, concebidas estas num sentido indiscriminado ou fora de qualquer parâmetro. O que sim ocorre em casos difíceis, nos quais a interpretação a ser dada a um instituto não está clara ou é controvertida, é a utilização de critérios, já sejam políticos ou morais (nos termos já definidos para estas esferas) desde que modulados por princípios constitucionais e/ou normas específicas a serem aplicados àquela situação concreta e sendo estas últimas determinantes para a solução do litígio.

Nessa linha de entendimento, também a idéia de democracia desse autor é convergente com a concepção garantista. Isto porque, para

¹⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.*, p. 203.

ele, nenhuma comunidade é democrática, nem decisões e eleições majoritárias são legítimas, se a comunidade e suas decisões não respeitarem os direitos fundamentais de todos os cidadãos. Assim sendo, prossegue, não é antidemocrático, mas sim, parte de um arranjo estrategicamente inteligente para garantir a democracia, estabelecer um controle judicial sobre o que o legislativo majoritariamente decide garantindo que os direitos básicos dos indivíduos, que são um pré-requisito da própria legitimidade deste, não serão violados¹⁵¹.

¹⁵¹ Estas reflexões estão claramente desenvolvidas no artigo publicado por Dworkin no jornal O Estado de São Paulo, edição de 26 de abril de 1997, sob o título: Juizes políticos e democracia.

CAPÍTULO IV

O PAPEL DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO PÚBLICO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

4.1 Considerações Iniciais

Se, como foi observado, dentro do contexto do ordenamento jurídico, revela-se crescente a importância que assumem os princípios como dinamizadores de muitos direitos fundamentais, estas normas mostram-se ainda mais decisivas na esfera específica do Direito Público.

Nesse âmbito, elas atuam geralmente como salvaguarda da pessoa, social ou individualmente considerada, contra as eventuais extrapolações por parte do Poder Público das prerrogativas que o Direito lhe confere.

Paralelamente a isso, conforme já se observou, torna-se necessária uma nova leitura ao interpretar-se o princípio constitucional-administrativo da legalidade. A interpretação tradicional deste princípio, de caráter reducionista, ao vincular, em caráter exclusivo, a atuação da

Administração Pública ao que estava previamente disposto em lei, em sentido estrito, conseqüentemente entendia que a forma de proteção dos administrados frente ao Poder Público também se daria, basicamente, em função dela.

Ocorre que a lei, por não possuir em regra um caráter de generalidade e abstração tão amplo quanto os princípios, acaba por tornar-se insuficiente para reger todo um espectro social de complexidade crescente¹⁵². Em virtude dessa complexidade, os diversos grupos organizados exigem, constantemente, alguma forma de providência estatal, cuja parcela maior de atuação, ou seja, execução das demandas sociais, está confiada à Administração Pública.

É justamente por essa razão que autores como Maria Sylvia Di Pietro,¹⁵³ ao comentar o princípio da legalidade ao qual se vincula a Administração Pública brasileira, por força do art. 37, *caput* da Constituição, afirma que este não pode ser visto em moldes idênticos ao formalismo exacerbado do positivismo do século XIX. Isto porque, da mesma Constituição que consagrou os *valores supremos* inspirados no pensamento iluminista do século XVIII (e que, no caso da Constituição

¹⁵² Conferir reflexões a respeito dos atuais desafios frente à crescente complexidade que assumem os sistemas sociais contemporâneos em ROTH, André-Noël, O Direito em Crise: Fim do Estado Moderno in FARIA, José Eduardo org. Direito e Globalização Econômica.

¹⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia., 1991, p. 33.

brasileira, encontram-se plasmados no seu preâmbulo¹⁵⁴), decorrem outros princípios que afirmam a emergência de um Estado de Direito, em substituição ao Estado Liberal.

Em termos garantistas, trata-se do Estado Constitucional suplantando o já comentado Estado Legislativo, onde o princípio da legalidade é antes de mais nada, princípio da sujeição ao Direito.

Sob a ótica dessa teoria, a primazia constitucional, correlata do Estado Constitucional de Direito, demanda que se considere que todo o ordenamento jurídico se origina na Constituição e esta, por seu turno, exerce função normativa e de orientação valorativa com respeito a todos os desenvolvimentos posteriores que devem ser a execução daquilo que por ela é previsto e isto, evidentemente, também vale para a atividade administrativa.

Além disso, a execução da Constituição que também deve ser levada adiante pelo Legislativo, incutindo diretrizes políticas nas leis, compatíveis com os valores constitucionais, deve ser entendida,

¹⁵⁴ Com relação à relevância do preâmbulo das constituições, os autores em geral, negam-lhe o caráter normativo e até mesmo algum sentido de ordem técnica e jurídica, como por exemplo, Kelsen, ao afirmar que este: "(...) em geral não estipula quaisquer normas definidas para a conduta humana e, assim, carece de conteúdo juridicamente relevante. Ele tem antes um caráter ideológico do que jurídico. Normalmente, se ele fosse suprimido, o teor real da constituição não seria modificado nem um pouco" (KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado, p. 255). Não obstante, entende-se, dentro de uma concepção teórica centrada no aspecto axiológico do Direito, que o preâmbulo das constituições delimita em caráter fundamental, o posicionamento a ser assumido pela sociedade frente às questões políticas, sociais, econômicas e culturais, funcionando então, como diretriz primeira para todo o ordenamento jurídico. Também Jorge Miranda reforça esta idéia ao afirmar que o preâmbulo constitucional projeta-se sobre o ordenamento jurídico contribuindo para a definição dos seus direitos fundamentais. MIRANDA, Jorge. Estudos Sobre a Constituição - v. I, p.23. Desta forma pode-se inferir que o preâmbulo constitucional, tem sim valor jurídico e, na medida em que serve como orientação na leitura e aplicação das normas constitucionais, possui eficácia interpretativa e integrativa com respeito a estas.

considerando que a pluralidade axiológica é um dado essencial nos ordenamentos jurídicos. Mas a medida destes será determinada pela garantia da centralidade da pessoa que dá sentido à toda a dinâmica do Estado Constitucional¹⁵⁵, ou seja, a máxima expressão da centralidade do social frente ao poder estatal e sob o império do Direito.

São, precisamente, estas ponderações, que terminam por justificar o desenvolvimento de princípios específicos ligados ao Direito Público como salvaguardas do cidadão frente ao Estado, tema este que passa a ser desenvolvido a seguir.

4.2 O Papel dos Princípios Gerais de Direito Administrativo

Segundo Cassagne¹⁵⁶, na esfera do Direito Público, certos princípios assumem a missão de não somente compensar a desigualdade que deriva da posição jurídica do particular frente ao Estado, mas também são formas de proteção tendentes a impedir as arbitrariedades dos poderes públicos que ocorrem com uma certa frequência.

¹⁵⁵ A respeito desse caráter dinâmico do Estado, Rudolf Smend afirma que o Estado não é um fenômeno natural que deva ser simplesmente constatado. É sim uma realização cultural que necessita continuamente de renovação e desenvolvimento e cujas realizações são constantemente questionadas no espaço social. Como em qualquer outro agrupamento, grande parte dos processos vitais do Estado são resultado direto dessa renovação e desses questionamentos. SMEND, Rudolf. *Constitución y Derecho Constitucional*, p. 61.

¹⁵⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. *Estudios de Derecho Público*. p. 08.

Além disso, segundo o jurista argentino, quando se trata de princípios de direito, a sua vigência não depende da sua recepção formal pelo ordenamento positivo, já que eles se constituem em fundamento das demais fontes de Direito. Portanto, estes princípios, mesmo os não legislados, assumem primazia, tanto sobre as normas legais como também sobre a jurisprudência e o costume¹⁵⁷.

Entretanto, no Direito Civil, devido a sua específica forma de desenvolvimento legislativo e também pelo fato de que a maior parte dos princípios do direito natural não se consolidaram no ordenamento privado, esta primazia dos princípios não parece tão clara.¹⁵⁸ Já se observou, a propósito disto, que somente com a sua incorporação constitucional, os princípios obtiveram um *status* de primazia. Apesar disto, a jurisprudência e doutrina civil em geral, continuam a mostrar que mesmo quando se considera a aplicação dos princípios, sejam constitucionais ou gerais, estes assumem, na maioria das vezes, um

¹⁵⁷ Ibidem, p. 11.

¹⁵⁸ Tercio Sampaio Ferraz, ao comentar as fontes do direito, menciona os princípios gerais de direito afirmando que estes, mesmo que se entenda que possam ser aplicados diretamente na solução de conflitos, não se está tratando de normas e sim de princípios. Ou seja, estes últimos não são elementos do repertório do sistema, mas fazem parte, apenas, das suas regras estruturais. Dizem respeito, somente, à relação entre as normas do ordenamento jurídico ao qual conferem coesão. FERRAZ JR., Tercio Sampaio, 1996, p.247. Por outra parte, Gustavo Tepedino atualiza as atuais concepções sobre o papel dos princípios e estabelece uma diferenciação entre os princípios gerais de direito e os princípios constitucionais afirmando que, na atualidade, não se pode concordar com os civilistas que se utilizam dos princípios constitucionais como princípios gerais de direito. Assim, discorre que: "Os princípios gerais do direito são preceitos extraídos implicitamente da legislação, pelo método indutivo. Quando a lei for omissa, segundo a dicção do artigo 4º da Lei de Introdução. (...) No caso dos princípios constitucionais, esta posição representaria uma subversão da hierarquia normativa e uma forma de prestigiar as leis ordinárias e até os costumes, mesmo se retrógrados ou conservadores, em detrimento dos princípios constitucionais que só seriam utilizados em sede interpretativa na omissão do legislador e após serem descartadas a analogia e a fonte consuetudinária." TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, p. 18.

caráter subalterno à lei, subestimando-se, assim, a sua força normativa e seu conteúdo axiológico juridicamente vinculante¹⁵⁹.

No entanto, para Cassagne¹⁶⁰, os chamados “princípios gerais de direito administrativo”, mesmo quando não expressamente estatuídos nos ordenamentos, vêm colhendo plena aceitação, tanto pela doutrina como pela jurisprudência.

Com base nessa reflexão, o autor estabelece uma relação de *peso* entre os princípios gerais de direito e os princípios gerais de direito administrativo e exemplifica esta relação ao afirmar que, ao mesmo tempo em que o princípio geral de direito afirma que “ninguém pode alegar a sua própria torpeza para eximir-se de uma obrigação,” esta norma cede ante o mais específico princípio de direito administrativo que permite que a própria Administração Pública possa

¹⁵⁹ Niklas Luhmann, ao comentar o enfraquecimento operacional da dicotomia direito positivo-direito natural, afirma que isto ocorreu em função da promulgação constitucional dos direitos fundamentais, fato este que “positivou” estes direitos. Mais tarde, com o advento dos direitos fundamentais de cunho social, político, econômico e ecológico, verificou-se a progressiva trivialização de tais direitos. Uma coisa se torna trivial quando perde-se a capacidade de diferenciá-la e de avaliá-la, gerando alta indiferença face às diferenças. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*, p. 52-56 e 84-149. Comentando esta passagem, Ferraz Jr. afirma que a trivialização dos direitos fundamentais foi precedida pela própria trivialização do direito natural. Quando todo o direito passou a ser logicamente redutível a direitos naturais, a noção perdeu força comunicacional, sua relevância foi ficando amortecida e gerou até descrédito. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A trivialização dos direitos humanos*. São Paulo, Novos Estudos CEBRAP, nº 28, p.99. Entretanto, observa-se hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, uma clara tentativa de revitalizar substancialmente o ordenamento constitucional, como diretriz primeira a ser obedecida na aplicação do Direito. Apesar disto, no âmbito específico do Direito Civil, esta tendência ainda é tímida. A este respeito, Tepedino afirma que: “O civilista, em regra, imagina como destinatário do texto constitucional o legislador ordinário, fixando os limites da reserva legal, de tal sorte que não se sente diretamente vinculado aos preceitos constitucionais, com os quais só se preocuparia nas hipóteses - patológicas e extremas - de controle de constitucionalidade. Tal preconceito o faz refêr do legislador ordinário, sem cuja atuação não poderia reinterpretar e visitar os institutos de direito privado, mesmo quando expressamente mencionados, tutelados e redimensionados pela Constituição” TEPEDINO, Gustavo, op. cit. p. 18.

¹⁶⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. *Estudios de Derecho Público*, p. 12-13.

demandar a nulidade de seus atos¹⁶¹.

No que se refere ao âmbito doutrinário-administrativo brasileiro, Bandeira de Mello¹⁶² chama a atenção ao fato de que mesmo os princípios não elencados na Constituição, como é o caso de vários princípios de direito administrativo que por ele são desenvolvidos, guardam eles uma relação de pertinência lógica com os princípios constitucionalmente consagrados. Isto se verifica, seja em virtude de serem os princípios implícitos uma *conseqüência irrefratável* dos princípios constitucionais explícitos, ou então por serem *implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo*¹⁶³.

Assim, princípios como os da “supremacia do interesse público sobre o interesse privado”; ou ainda princípios tais como os da “finalidade”; “motivação”; “razoabilidade” e “proporcionalidade” dentre outros, são trazidos à tona pelo autor como autênticas normas que embora não estejam textualmente elencadas na *Lei Maior*, operam com a mesma eficácia que os outros princípios constitucionais¹⁶⁴.

¹⁶¹ No ordenamento jurídico brasileiro, é a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal que estabelece a possibilidade da Administração Pública anular os seus atos, quando eivados de ilegalidade. Entretanto, essa afirmação sobre uma relação hierárquica entre princípios não parece procedente. Ocorre que, se for estabelecido um critério de preponderância hierárquica entre esse tipo de normas, inviabiliza-se a sua otimização e tornam-se, também eles, normas rígidas tal qual as regras. É por esta razão, que segundo Aléxy, não há qualquer relação hierárquica entre os princípios.

¹⁶² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, 1998, p. 55-76.

¹⁶³ Ibidem

¹⁶⁴ Ressalte-se que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, embora não integrem explicitamente a Constituição Federal, já se encontram incorporados na lei nº 9874/99 que regula o processo administrativo na esfera federal, estando previstos no seu art. 2º. Também as constituições mineira e paulista prevêm a razoabilidade como princípio informador nos seus arts. 13 e 111 respectivamente.

A partir dessas ponderações, pode-se extrair algumas conclusões: no âmbito do Direito Administrativo, o papel dos princípios que lhe sejam próprios, é ainda mais determinante do que o papel dos princípios constitucionais ou gerais no Direito Civil. De outra parte, se for aceita a idéia de que, ao contrário do Direito Civil, os princípios implícitos assumem importância fundamental na esfera de atuação do Direito Administrativo, deve-se precisar melhor algumas destas normas, que se revelam decisivas e cada vez mais utilizadas como instrumentos de controle jurisdicional da atividade discricionária estatal. São estes, fundamentalmente, os princípios constitucionais implícitos da *razoabilidade e proporcionalidade*.

4.3 Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade:

Considerações Iniciais

Os princípios que operam, em última análise, como balizadores do controle jurisdicional sobre a atuação discricionária estatal são, basicamente, os da razoabilidade e proporcionalidade. Estes princípios, embora invocados para tal fim, ainda encerram alto grau de

ambigüidade¹⁶⁵ na sua determinação o que acarreta muitas polêmicas quanto à sua correta incidência.

Por essa razão é que se passará, então, a um estudo dessas normas observando o seguinte percurso: primeiramente, far-se-á uma breve remissão histórica a seu respeito, a seguir, se irá situá-los no contexto do ordenamento jurídico brasileiro exemplificando, então, sua incidência através de entendimentos doutrinários e com algumas decisões jurisprudenciais.

Como passo seguinte, mostrar-se-á, resumidamente, parte da atual polêmica doutrinária a respeito dos limites ao controle jurisdicional da atividade discricionária administrativa e o papel que assumem princípios como os da razoabilidade e proporcionalidade para tanto.

Por último, se irá apontar como alternativa na adoção de parâmetros para tal tipo de controle, uma abordagem garantista, como marco teórico legitimador dessa atividade. Isto porque entende-se que, no contexto atual, a constante referência ao ordenamento constitucional permeia toda a realidade jurídica e é este apelo à supremacia da Constituição que caracteriza o atual Estado de Direito.

¹⁶⁵ Entende-se que um símbolo é ambíguo quando é possível usá-lo para um campo de referência com diferente intensão, ou seja, quando manifesta qualidades diversas. Portanto, os termos que apresentam um sentido indefinido apresentando várias significações são termos ambíguos. FERRAZ JR. Tercio Sampaio. 1996, p. 258.

Portanto, sob o contexto desse modelo estatal, definido na teoria garantista como Estado Constitucional, se irá destacar dentre os atuais mecanismos de garantias, a sistemática de controle jurisdicional da atuação discricionária da Administração Pública.

4.4 O Princípio da Razoabilidade

Para melhor entender-se o princípio da razoabilidade, tratar-se-á, em primeiro lugar, de situá-lo historicamente no contexto do *common law* do direito inglês e, a seguir, no âmbito processual constitucional.

A concepção do que seja razoável (*reasonableness*) numa determinada decisão de autoridade pública, caracteriza-se como aquilo que contraria certos conceitos que, embora específicos, nem sempre a doutrina britânica determina. São eles, por exemplo, *wrong motive* (motivos errados), *improper purposes* (equivalente ao conceito de desvio de poder) além de má fé ou intenção dolosa ou ainda abuso de poder, dentre outros.

Tais conceitos e seu entendimento de que refletem atos irrazoáveis, vêm sendo deduzidos, paulatinamente, da jurisprudência desde começos do século XX. Até então, entendia-se que certas

matérias eram discricionárias e este conceito era sinônimo de imunidade de controle jurisdicional¹⁶⁶.

No continente europeu, tal situação se verificou durante todo o século XIX, sendo que, como já foi visto, foi com o desenvolvimento de certas categorias teóricas por parte de Maurice Hariou, que as mudanças de enfoque sobre o controle da discricionariedade começaram a ocorrer, mas não sob uma base principiológica normativa.

No contexto britânico, foi no caso *Westminster Corpn. v. London and North Western Rail Co*, de 1905, que Lord Macnaughten estabeleceu a seguinte regra geral:

It is well settled that a public body invested with statutory powers such as those conferred upon the corporation must take not to exceed or abuse its powers. It must keep within limits of the authority committed to it. It must act in good faith. And it must act reasonably. The last proposition is involved in the second, if not in the first¹⁶⁷.

Não obstante isso, durante muito tempo, o princípio da razoabilidade foi utilizado de maneira excessivamente restritiva e incipiente. Este princípio começou a ganhar maior relevância e

¹⁶⁶ Em termos históricos, o Direito Canônico medieval, no seu cânon 27, estabelecia que “ um costume contrário ao Direito eclesiástico prevalecerá sob a condição de que esta seja rationabilis e tenha tido uma duração de 40 anos. In BOBBIO, Norberto, 1982, p.95.

¹⁶⁷ Está estabelecido que uma entidade pública investida de poderes legais como os que se concedem a uma corporação deve ter o cuidado de não exceder ou abusar dos seus poderes. Deve manter-se dentro dos limites de autoridade que lhe foram conferidos. Deve atuar de boa fé. E deve atuar razoavelmente. A última proposição está incluída na segunda, se não na primeira. Conferir estas jurisprudências em GARNER, J. F. *Administrative Law*, p. 160-165.

abrangência algumas décadas mais tarde, na esfera jurisprudencial inglesa e isto se consolidou de forma mais explícita em outro caso: *Associated Provincial Picture House Ltd. v. Wednesbury Corpn.* de 1948. Neste, Lord Greene estabeleceu que existe irrazoabilidade quando a Administração realiza uma atuação “(...) *so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority*” (tão absurda que nenhuma pessoa sensível poderia sequer sonhar que ela se acha dentro dos poderes da autoridade).

Em realidade, as raízes dos postulados sobre razoabilidade, derivam do âmbito jurídico-processual, mais precisamente, da garantia do *due process of law* (devido processo legal), a qual veio a consagrar-se como fundamento constitucional apto a permitir o controle pelo Judiciário dos atos do Legislativo.

Desde o século passado, a garantia do *due process of law* encontra-se consagrado nas emendas 5º e 14º da Constituição norte-americana sendo que, inicialmente, não se cogitava sua utilização sob padrões de razoabilidade. A 5º Emenda estabeleceu que ninguém pode ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal. Este preceito, num primeiro momento, vinculava, apenas, ao Governo Federal. Foi com a promulgação da 14º Emenda que tal regra se estendeu aos estados-membros, ao ser disposto que nenhum Estado

privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal. Tal princípio exprimia, inicialmente, uma garantia apenas formal, voltada para a regularidade do processo penal, depois estendida ao processo civil e ao processo administrativo. Sua incidência recaía, basicamente, no direito ao contraditório e à ampla defesa, incluindo questões como o direito ao advogado e o acesso à justiça para aqueles que não dispunham de condições econômicas suficientes para contratar um defensor.

Em termos históricos mais amplos, a trajetória de consolidação do princípio do devido processo como princípio conexo com o da razoabilidade, observou duas etapas fundamentais. A primeira delas, tida como eminentemente procedimental e oriunda do Direito anglo-saxão medieval, enfatizava o caráter estritamente formal e processual (*procedural process*) do Direito, rejeitando expressamente, qualquer âmbito de análise substancial que permitisse ao órgão julgador, examinar aspectos de injustiças ou arbitrariedades materiais das normas. Numa segunda etapa, produto de um avanço paulatino, o devido processo assumiu um caráter substantivo (*substantive due process*) onde passou a ser avaliada, também, a *razoabilidade e racionalidade* das normas, num processo de análise baseado na verificação de compatibilidade entre o respeito pelas liberdades individuais, de um

lado, e, por outro, as exigências sócio-políticas que moldam os valores constitucionais do Estado.

Segundo Grinover, apesar do nítido sentido processual que à cláusula se imprimiria na sua tradição histórica, *“foi sendo imposto um conceito substantivo de due process of law, emergente do amplo significado a ela subsumido, quando foi reconduzida a um critério de razoabilidade”*¹⁶⁸.

Pode-se dizer também que, o razoável não é o correto e nem o irrazoável é o equivocado, tomados estes termos em um sentido absoluto, posto que, segundo o estabeleceu *Lord Denning* no caso *Secretary of State for Education and Science v. Metropolitan Borough of Timeside*: *“two reasonable persons can reasonably come to opposite conclusions”* (duas pessoas razoáveis podem chegar a conclusões razoáveis opostas) ou seja que, somente há irrazoabilidade quando a decisão é *“so wrong that no reasonable person could sensibly take that view”* (tão erradas que nenhuma pessoa razoável poderia manter tal ponto de vista)¹⁶⁹. Portanto, a razoabilidade se explicitará a partir de um juízo básico de senso comum, conceito este que será desenvolvido no item a seguir.

¹⁶⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias constitucionais do direito de ação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p.35.

¹⁶⁹ Ibidem.

4.5 O Princípio da Proporcionalidade

No continente europeu, Larenz¹⁷⁰ tratou de um princípio que veio a se tornar, no âmbito brasileiro, princípio complementar da razoabilidade. Trata-se do princípio da *proporcionalidade ou proibição do excesso*, o qual, nas suas diferentes manifestações, configura-se como: “*exigência de adequação entre meio e fim, do meio mais idôneo ou da menor restrição possível do direito ou bem constitucionalmente protegido*”¹⁷¹.

Esclarecendo melhor, entende o autor que esse princípio, deriva de um outro princípio mais amplo, qual seja, o do Estado de Direito (como no caso do Brasil, o consagra o artigo 1º da Constituição Federal), e significa que o Estado, para atingir os seus fins, deve usar somente dos meios adequados àqueles e dentre esses meios, somente os que sejam o menos onerosos para o cidadão. Portanto, para Larenz¹⁷², a proposição fundamental da proporcionalidade diz que a utilização de determinado instrumento para alcançar determinado fim não deve ser inadequado a este. Dito em outros termos: a proposição fundamental do meio menos lesivo afirma que dentre vários instrumento possíveis, todos

¹⁷⁰ Em verdade, este autor consolidou todo um desenvolvimento teórico advindo da doutrina alemã a respeito do princípio da proporcionalidade, cujas bases precursoras encontram-se em von Jhering na obra “O Fim do Direito” (Der Zweck im Recht) e “A Luta pelo Direito” (Der Kampf ums Recht), ambos do século passado conforme assevera BONAVIDES, Paulo, 1998, p. 357.

¹⁷¹ LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 602.

¹⁷² LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 603-684.

adequados à obtenção de um fim, só é válido escolher aquele que produza as conseqüências menos gravosas.

Conclui-se então que, dentro da atuação do Estado, sempre que este precisar agir, invadindo a esfera dos direitos dos cidadãos, estes terão direito à menor desvantagem possível.

Embora os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade possam ser concebidos numa relação complementar ou de reciprocidade, eles não se confundem.

Conforme já se observou, o princípio da razoabilidade originou-se no direito anglo-saxônico sendo decorrência da garantia processual do *due process of law*.

De outra parte, o princípio da proporcionalidade originou-se na Alemanha, desenvolvendo-se, inicialmente, na esfera do direito administrativo, mais especificamente, nas disposições sobre o exercício do poder de polícia e seus limites, desde o século XIX.

Mais tarde, com o advento da atual Constituição da Alemanha, isto é, após 1949, o princípio da proporcionalidade passou a ser reconhecido, na esfera jurídico-constitucional, como parâmetro vinculante de toda a atividade legislativa. Entende-se que a matriz da proporcionalidade encontra-se no princípio do Estado de Direito, conforme já se afirmou, sendo que este, na condição de princípio

constitucional fundamental, vincula o legislador, na medida em que serve de fundamento para o princípio da reserva da lei proporcional. De outra parte, torna-se necessário o desenvolvimento de certos mecanismos de freio às possíveis sobrevalorizações do princípio da proporcionalidade por parte dos operadores do Direito. Assim, este princípio encontra seus limites no princípio da isonomia, de tal forma que ambos, proporcionalidade e igualdade de tratamento, devem ser aplicados simultânea e harmonicamente.

A jurisprudência alemã desenvolveu o conteúdo do princípio da proporcionalidade em três níveis. Assim, a norma, para corresponder ao princípio da reserva legal proporcional deverá, simultaneamente ser adequada (*geeignet*), necessária (*notwendig*) e razoável (*angemessen*). Os requisitos de adequação e da necessidade significam, primacialmente, que o objetivo traçado, seja pelo legislador, seja pelo administrador, bem como o meio utilizado por eles, deverão ser ambos, como tais, admitidos, ou seja, possíveis de ser utilizados. Paralelamente a isto, o meio utilizado deverá ser adequado e necessário.

No âmbito doutrinário brasileiro, autores como Bandeira de Mello e Odete Medauar¹⁷³ deram singular enfoque ao princípio da proporcionalidade ao considerá-lo como uma espécie de desdobramento

¹⁷³ Conferir BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Op. cit.*, p. 54 e MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, p. 146.

ou faceta da razoabilidade. Assim, Bandeira de Mello traz à tona uma concepção que o enquadra dentro da obediência a critérios aceitáveis racionalmente pela autoridade pública e que devem estar em sintonia com o “senso moral das pessoas equilibradas” e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

A respeito dessa expressão, pode-se traçar uma aproximação conceitual entre a idéia de “senso moral” com a idéia de “senso comum”. Este pode ser entendido como algo que não está referido a uma capacidade interna ou faculdade que tenham todos os homens e que lhes permita pensar, conhecer ou julgar de forma isolada. Ao contrário disto, refere-se à constatação da existência de um mundo comum a eles e no qual todos se encontram e reconhecem.

Nessa linha de raciocínio, o senso comum não se irradia, então, como uma capacidade solitária, exercida independentemente entre os homens e que, apesar disto, faz com que todos deduzam as mesmas conclusões, como ocorre, por exemplo, com as operações matemáticas. Contrariamente a esse entendimento, a base do senso comum é a noção básica das pessoas da existência de um mundo compartilhado.

Por essa razão, e que o homem, ao experimentar o senso comum, o faz ciente de compartilhá-lo, inclusive em termos valorativos,

com os outros homens e não de forma isolada¹⁷⁴. Entenda-se, então, como senso comum que embasa a razoabilidade, num enfoque garantista, como a aceitação comum dos valores decorrentes dos direitos fundamentais que a sociedade em geral compartilha.

Da maneira como estão colocadas todas essas questões referentes ao princípio da proporcionalidade, corre-se o risco de confundi-lo ou ainda reduzi-lo, ao princípio da moralidade que com ele é convergente. Portanto, uma diferenciação básica quanto a eles, torna-se necessária.

Para tanto, entender-se-á que a observância ao princípio da moralidade consiste numa adequação da atividade estatal aos valores basilares da sociedade, cuja moldura jurídica são, como já se salientou, os direitos fundamentais. No tocante à proporcionalidade, esta decorrerá da verificação, dentro de uma perspectiva de senso comum, do atendimento destes valores, por parte do emissor do ato estatal, *no seu grau necessário* e pertinente ao caso concreto, objeto de apreciação, posto que o significado dos direitos fundamentais não é de caráter unívoco.

Retomando as digressões de Bandeira de Mello, segundo o seu entendimento, o princípio da razoabilidade/proporcionalidade está vinculado aos da legalidade, aqui não considerada em sentido estrito

¹⁷⁴ Estas digressões baseiam-se nas reflexões de ARENDT, Hannah. A condição humana. São Paulo: Forense/Edusp, 1981, p. 221.

(arts. 5º, II; 37 e 87 - C. F.) e da finalidade (art. 5º, LXIX - C. F.). Para esse autor, resulta equivocado estabelecer-se que um exame corretivo judicial, baseado no princípio da proporcionalidade, ou em qualquer outro princípio de direito administrativo, seja ele explícito ou não, estaria invadindo a seara da discricionariedade administrativa.

CAPÍTULO V

O CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ÂMBITO ATUAL

5.1 Razoabilidade e Proporcionalidade no Âmbito Jurisprudencial Brasileiro

No que tange ao tratamento jurisprudencial, é crescente a aceitação no Brasil de que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade devem ser usados pelo julgador, sempre que se deparar com atos discricionários.

Segundo entendimento advindo do Grupo de Estudos da Justiça Federal de Primeira Instância de Curitiba - PR¹⁷⁵, não há dúvida de que o princípio da proporcionalidade (já visto, no âmbito doutrinário brasileiro, como sub-princípio ou faceta derivada da razoabilidade) deriva, por sua vez, da Constituição. Como exemplo disto, arrolam-se os

¹⁷⁵ Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil. N. 14, mar./abr. de 1996, p. 66.

mandamentos constitucionais que estabelecem que o exercício de poder está submetido a medidas que visam proteger o cidadão contra o abuso de direito, ou seja, em função das próprias garantias constitucionais.

Isso se torna explícito no direito de petição consagrado no artigo 5º, XXXIV; no Mandado de Segurança, consagrado no inciso LXIX e no Habeas Corpus do inciso LXVIII, ambos do mesmo artigo. Mas não é somente aqui que se concentra tal princípio, pelo contrário, ele se estende ainda pelos incisos XLV; XLVI; XLVII; XLVIII; XLIX e LVIII do mesmo artigo 5º.

No que se refere ao Direito Administrativo, propriamente dito, o artigo 37, XXI da Constituição Federal adota quase que textualmente esse princípio ao dispor, na sua parte final, que nas licitações somente serão feitas exigências de *“qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”*. Com isto se impediria a adoção de exigências despropositadas que poderiam visar o favorecimento a certos licitantes que seriam os únicos aptos a cumpri-las.

Na esfera tributário-constitucional também se verifica esse princípio dividido em dois sub-princípios nela positivados: o da graduação do tributo segundo a capacidade econômica do contribuinte (art. 145, III, § 1º - C. F.) e o da vedação do confisco (art. 150, IV - C. F.). Neste último caso, ter-se-ia confisco toda vez que o proprietário

perdesse parte substancial do seu patrimônio em proveito do Poder Público. O tributo incidiria, desta maneira, sob a forma de alíquota majorada, exigindo do proprietário de um determinado bem o pagamento de quantia tão elevada (desproporcional) que implicaria, na prática, tomar o bem do seu dono.

Retomando essa questão na esfera do Direito Administrativo, são exemplificativas algumas ementas de julgados do Tribunal Regional Federal (T.R.F.) da 4ª e 1ª região, respectivamente, onde se percebe claramente a adoção do princípio da proporcionalidade sem haver uma derivação direta da lei. O primeiro caso refere-se a veículo apreendido contendo mercadoria irregular:

O Acórdão baseou-se em corrente jurisprudencial no sentido de que não se legitima a pena de perdimento de veículo quando há desproporcionalidade entre o seu valor e as mercadorias transportadas sendo desnecessário, por isso, fazer referência à legislação sobre o assunto. (T.R.F. da 4ª Reg; 2ª T., DJU de 07.06.95. p. 35.593, Rel. Juiz Jardim de Camargo)

O segundo caso envolve servidor público punido na repartição pública onde desempenhava as suas funções por não estar usando o uniforme de serviço:

A obrigatoriedade do uso de uniforme, sem qualquer vincula-

ção com a operacionalidade da função exercida, ou qualquer relação de razoabilidade com o interesse público ou funcional, é exigência descabida e arbitrária, que vicia o ato por ausência de legitimidade. (T.R.F. da 1º Reg., 2º T., Rel. Juiz Jirair Meguerian, DJU de 10.04.91, p. 24.460).

Observe-se que a impugnação desses atos administrativos não considerou, para tanto, o desatendimento dos elementos e pressupostos destes frente à lei em sentido estrito, da qual derivam, imediatamente, tais atos. Ou seja, nestes casos, mostrou-se irrelevante que as partes componentes dos atos (elementos e pressupostos), consideradas isoladamente, pudessem ter vício de legalidade. O fator decisivo para a impugnação de ambos os atos administrativos foi sua desproporcionalidade e irrazoabilidade, portanto o desatendimento aos princípios constitucionais.

Também o Supremo Tribunal Federal (S.T.F.) vem produzindo várias decisões com base no princípio da razoabilidade, dentre as quais, se podem aduzir, a título de exemplo, as seguintes ementas:

Princípio da razoabilidade - Interpretação de normas legais - Representação pelo Estado - Dispensa da comprovação da qualidade de procurador. O princípio da razoabilidade a direcionar no sentido da presunção do que normalmente ocorre, afasta a exigência, como ônus processual, da prova da qualidade de procurador do Estado por quem assim se apresenta e subscreve ato processual. O mandato é legal e decorre do

disposto nos artigos 12 e 132, respectivamente do Código de Processo Civil e da Constituição.

(Recurso Extraordinário - 192553/ SP, relator: Ministro Marco Aurélio, julgamento: 15/12/1998 - Segunda Turma; Diário de Justiça de 16/04/99).

Reforma Agrária - Notificação - Ocorrência - Anterioridade. A anterioridade da notificação visando a notícia da vistoria, considerado o princípio da razoabilidade, é passível de afastamento por ato do proprietário. Subsistência na hipótese de, no dia anterior, haver sido autorizado, por quem de direito, o ingresso no imóvel, dos peritos.

(Mandado de Segurança - 22944/PR; relator: Ministro Marco Aurélio; julgamento: 19/11/1998 - Tribunal Pleno, Diário de Justiça de 05/02/1999).

ICMS - Base de cálculo - Deflação. Surge harmônico com o sistema tributário nacional decisão no sentido de o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ser calculado considerando o valor do negócio jurídico decorrente da deflação. Tomar-se como base o valor primitivo implica menosprezo aos princípios da realidade e da razoabilidade, alcançando a Fazenda do Estado verdadeira vantagem sem causa.

(Ag. de Inst. ou de Petição - 203186/SP; relator: Min. Marco Aurélio; julgamento em 17/04/1998; Diário de Justiça de 12/06/1998).

Até mesmo a discricionariedade da própria lei tornou-se, no Brasil, objeto de apreciação e limitação judicial. A este respeito, existem precedentes oriundos do Supremo Tribunal Federal que, ao determinar o controle da constitucionalidade das leis ordinárias, decidiu que será possível invalidá-las quando excessivas ou despidas de razoabilidade, conforme mostra Ferreira Mendes¹⁷⁶.

Do exposto, pode-se concluir o seguinte:

¹⁷⁶ Conferir a este respeito: FERREIRA MENDES, Gilmar. Controle de Constitucionalidade, p. 350 e FERREIRA MENDES, Gilmar. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, p. 69.

Em primeiro lugar, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, embora não expressos de forma literal na Constituição, configuram-se, dentro do ordenamento jurídico, como parâmetros necessários e permanentes de ponderação racional a orientar toda e qualquer atividade estatal, seja ela legislativa, administrativa ou judiciária.

Em segundo lugar e como decorrência da primeira conclusão, entende-se que estes princípios constitucionais implícitos podem incidir, de forma imediata, em casos concretos, sendo que aqui, a sua operatividade não depende de outras normas, posto que incidem de forma decisiva e autônoma para a solução de conflitos levados à via judicial ou administrativa. De outra parte, estando o julgador perante um caso difícil, como costuma ser uma apreciação que adentre na discricionariedade de um ato do Poder Público, a utilização de tais princípios poderia obedecer, também, a critérios políticos ou morais nos moldes já comentados.

Embora isso pareça ser possível será necessário fazer-se, mais adiante, uma melhor elucidação deste problema referente ao âmbito do Político no Direito, sob uma perspectiva condizente com a teoria garantista.

Antes, porém, é preciso observar que prevalece ainda um excessivo grau de indeterminação no significado de muitos conceitos

nos quais se baseia a atuação do Poder Público. Com efeito, tal problema se coloca como um dos principais entraves ao que possa vir a ser uma aceitação mais pacífica na doutrina e jurisprudência, da utilização ampla de princípios tais como os da razoabilidade, proporcionalidade ou interesse público, dentre outros. Estas normas, cuja significação apresenta alto grau de fluidez ou incerteza, terminam por dificultar, ainda mais, o controle jurisdicional sobre a atuação discricionária da Administração. Soma-se a isto o fato de que a adoção destes princípios que esparsamente se utilizam na jurisprudência brasileira, não está ainda inserida num marco teórico unificador e legitimador deste tipo de orientação, a qual é seguida por muitos operadores do Direito.

Por esta razão, ver-se-á primeiramente, como estão definidos os atuais rumos no equacionamento dos conceitos jurídicos indeterminados¹⁷⁷, termo genérico que se refere, exatamente, a todos

¹⁷⁷ Inclui-se dentre os conceitos indeterminados, tanto os termos vagos, cujo campo de referência é indefinido (denotação imprecisa), quanto os termos ambíguos, os quais manifestam qualidades diversas (conotação ampla). A denotação caracteriza-se por pressupor um campo de objetos que é a extensão de um determinado conceito denotado. Por exemplo, na prescrição: "matar alguém, pena X anos de prisão". A palavra "alguém" é uma variável que pode ser preenchida por qualquer pessoa, mas quando temos uma pessoa? Um feto já é uma pessoa? Um cadáver ainda pode ser considerado pessoa? Caberá ao ordenamento jurídico precisar melhor este termo. Já, nos casos de conotação, esta categoria pressupõe um conjunto de qualidades ou características inerentes ao seu objeto conotado. Por exemplo, na prescrição: "seduzir mulher honesta, pena X anos de prisão". Aqui, a palavra "honesto" pode conotar várias significações ou qualidades tais como discreta, religiosa, frequentadora de missa etc. Conferir estas digressões em FERRAZ JR. Tercio Sampaio, 1996, p. 258. Agora, utilizando-se de um conceito mais comum ao âmbito jurídico-administrativo, pode-se dizer que no termo "situação de urgência", este pode denotar uma calamidade pública, ou então uma guerra civil ou ainda, uma epidemia e assim por diante. Já, no caso de "adoção de medidas de urgência", a palavra "urgente" pode conotar algo necessário, impostergável, de adoção imediata de providências por parte do agente responsável, sem o consentimento de nenhum superior hierárquico, etc.

aqueles conceitos que, tal como os já mencionados, apresentam alto grau de imprecisão na sua conformação. Verificado isto, se traçará a relação que estes apresentam com a sistemática de controle a ser efetuado, da atuação discricionária administrativa, na doutrina espanhola¹⁷⁸ e brasileira.

Como passo seguinte, delimitar-se-á esse tema inserindo-o numa abordagem garantista como forma de situá-los dentro de uma matriz epistemológica que possa conferir-lhes a legitimidade necessária à sua implementação, bem como um embasamento jurídico e político próprio.

5.2 A Discricionariedade Administrativa e seu Controle Jurisdicional: A Situação Atual do Tema na Doutrina Espanhola e Brasileira

Como exemplo ilustrativo dessa primeira tarefa, pode-se comentar a polêmica travada entre os administrativistas espanhóis:

¹⁷⁸ Entende-se ser importante a remissão ao contexto jurídico espanhol, principalmente, em razão de que, pelo menos desde a década de sessenta (conferir ENTERRÍA, Eduardo García. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo.) e rompendo com um hiato histórico de atraso com respeito aos outros países da Europa, o tema do controle sobre a discricionariedade administrativa passou a ter importante destaque na doutrina e jurisprudência desse país. Com efeito, desde então, a doutrina espanhola tem avançado significativamente no desenvolvimento de técnicas de controle da discricionariedade, aplicadas de forma generalizada pelos tribunais contenciosos-administrativos, produzindo estes, muitas decisões consideradas insólitas na jurisprudência do resto dos países europeus.

Luciano Parejo, Miguel Sánchez Morón, Tomás Ramón Fernández e Eduardo García de Enterría.

Nesta polêmica, Tomás Ramón Fernández¹⁷⁹ defende um tipo de controle jurisdicional intenso e inclusive substitutivo, por parte do julgador, da conduta da autoridade administrativa, baseado naquilo que ela entenda como urgente, necessário, de relevante interesse público dentre outros conceitos indeterminados.

Tal postulado encontrou reflexos em algumas sentenças do Tribunal Supremo espanhol em matérias referentes a planejamento urbano, onde o Judiciário assumiu, por inteiro, tais decisões.

Contrariamente a tais posicionamentos e decisões, Luciano Parejo e Sánchez Morón¹⁸⁰ defendem teorias sobre o controle da atividade administrativa, centrando uma preocupação com o alcance que algumas decisões judiciais atingem ao invadir a esfera da atuação discricionária administrativa. Estes autores defendem, basicamente, um controle jurisdicional negativo da discricionariedade, ou seja, o julgador não deve se ater ao que uma autoridade razoável deveria fazer e sim ao que essa autoridade razoável não poderia fazer.

Essas afirmações tiveram imediata resposta por parte de Ramón Fernández em artigo publicado na *Revista de Estudios de*

¹⁷⁹ Conferir FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Arbitrariedad y discrecionalidad*.

¹⁸⁰ Conferir MORÓN, Sánchez ; PAREJO, Luciano. *Crisis y renovación en el Derecho Público*, p. 73.

*Derecho Administrativo*¹⁸¹, com base em afirmações consideradas por Morón como excessivamente agressivas e fundadas em argumentos tidos como “*ad personam y en sumarios juicios de intenciones*”¹⁸².

Esses argumentos foram contestados por Luciano Parejo em outra obra na qual rechaça as críticas de Ramón Fernandes e expõe com mais detalhes a necessidade de um reexame desta questão à luz do ordenamento constitucional¹⁸³.

Resumidamente, pode-se dizer que a tese sustentada por Ramón Fernández, ao qual se une García de Enterría, consiste em afirmar que os chamados “conceitos indeterminados”, “fluidos” ou “imprecisos” tais como razoabilidade, interesse público, moralidade, conveniência e oportunidade e outros, que funcionam como motivadores da atuação discricionária estatal, somente apresentam este caráter subjetivo e impreciso quando considerados em abstrato.

Querem dizer com isso que, quando deparados com situações concretas, ou seja, no momento da expedição de atos que dependem de um juízo subjetivo como a conveniência e oportunidade, tais conceitos fluidos se tornam unívocos e objetivos, dando margem a apenas uma conduta razoável.

¹⁸¹ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor. REDA, 76, p. 511.

¹⁸² MORÓN, Miguel Sánchez., 1995, p. 12.

¹⁸³ PAREJO, Luciano. Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias.

Dito de outra forma, diante de situações do mundo real, sempre será possível reconhecer objetivamente se uma dada situação é “urgente”, “necessária”, “conveniente” ou “oportuna”, por exemplo. Caberá, então, ao Poder Judiciário, interpretar e aplicar a lei enunciativa de tais conceitos a serem invocados na expedição do ato, avaliando se este atendeu ou não os preceitos legais.

Nessa linha de entendimento, não existe uma zona indeterminada ou de incerteza a ser trilhada no momento da expedição de atos discricionários, por parte do Poder Público. Caso se admitisse a sua existência, não se permitiria a interferência jurisdicional na apreciação do mérito do ato, ou seja, o juízo de conveniência e oportunidade a ser formulado pela autoridade que o expede¹⁸⁴.

Tais afirmações geraram polêmica, inclusive no Brasil, sendo que no âmbito doutrinário pátrio, Bandeira de Mello¹⁸⁵ entende que em muitos casos poderá o Judiciário conduzir uma dada situação concreta, na apreciação de um dado ato administrativo discricionário, a uma zona de certeza positiva (o ato foi adequado para a consecução do interesse público) ou negativa (o ato foi inadequado para tanto).

Não obstante isso, esse autor também entende, ao contrário de Enterría e Ramón Fernández, que, em certos casos este procedimento

¹⁸⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA e RAMÓN FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p. 393.

¹⁸⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, 1996, p. 22.

somente será possível, até um certo ponto, além do qual as dúvidas não podem ser eliminadas e o juízo subjetivo administrativo deverá prevalecer. Com isto, manter-se-á a fluidez de conceitos no ato expedido e a não interferência do Judiciário nesse âmbito.

Portanto, sobrevive, em alguns casos, a zona de incerteza ou indeterminação que dará margem de liberdade para quem expede o ato discricionário, de fazê-lo com imunidade de mérito frente ao exame judiciário.

De acordo com o entendimento de Valle Figueiredo, a discricionariedade consiste na competência-dever de o administrador, perante o caso concreto e após interpretar a lei, valorar, dentro de um critério de razoabilidade que não se confunda com seu juízo subjetivo, e optar pela melhor maneira de concretizar a utilidade pública invocada na norma¹⁸⁶.

Di Pietro¹⁸⁷, por sua vez, entende que a discricionariedade administrativa, diante de casos concretos, pode ser mais reduzida - porém não totalmente - do que é previsto, em tese, na lei. Já que o legislador não tem condições de prever todas as situações possíveis, deixará para a autoridade que expede o ato administrativo disciplinador

¹⁸⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Discricionariedade: poder ou dever?* In Curso de Direito Administrativo. Coord. De Celso Antônio Bandeira de Mello, p. 128.

¹⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia. 1991, p. 149.

da lei, uma esfera de apreciação subjetiva para decidir como ou quando se expede tal ato ou não.

A autora, portanto, compartilha o entendimento de Bandeira de Mello e acrescenta que a doutrina defendida por Enterría e Ramón Fernández, no que se refere a este tema, não tem grande aceitação no Brasil. Porém, o que começa a ser cada vez mais aceito para equacionar o problema da interferência judicial na opção discricionária que vem a determinar a expedição do ato administrativo é, precisamente, o princípio da razoabilidade. Ainda segundo Di Pietro, este princípio se constituirá em um dos principais limites à discricionariedade administrativa.

Em outras palavras, mesmo que a discricionariedade resulte da lei, será a decisão administrativa objeto de um controle jurisdicional, caso as circunstâncias de fato conduzirem a uma única solução possível ou para uma esfera de opções mais reduzida. Assim, o Judiciário será obrigado a respeitar aquele ato que implique opções entre duas ou mais soluções igualmente possíveis e válidas de serem adotadas, balizadas por critério administrativo de caráter subjetivo que motivará a expedição do ato de acordo com um juízo de conveniência e oportunidade.

Nesse caso, qualquer que seja a opção adotada, será ela válida e o julgador não poderá interferir quanto a esse aspecto.

No entanto, se a opção administrativa recair sobre uma hipótese irrazoável, será ela tornada inválida pelo judiciário e, portanto, estar-se-á diante de um ato suscetível de ser controlado judicialmente.

É por essa razão que, segundo a autora, a razoabilidade se insere como um dos principais limites à discricionariedade administrativa.

Esse princípio, segundo o seu entendimento, opera numa relação de adequação jurídica entre o *motivo* (situação de fato ou de direito que enseja a produção do ato) e o *conteúdo* (aquilo sobre o qual ele dispõe) do ato administrativo, levando em consideração uma *finalidade* de interesse público. A única maneira de comprovar, efetivamente, o atendimento a este princípio, será examinando a categoria *motivação* (justificativa formal do motivo) que determinou a expedição do ato.

Assim sendo, não poderá limitar-se a motivação do ato a indicar a norma legal sob a qual ele se fundamenta ou os fatos que o determinaram. Será necessário que se examine se, efetivamente, ocorreu uma adequação entre os meios e os fins visados por ele.

Permanece, entretanto, o problema de melhor elucidar os conceitos indeterminados a fim de que se possa, com mais precisão, analisar tais relações de adequação.

Exatamente em função dessa problemática envolvendo uma falta de um equacionamento mais preciso sobre os conceitos

indeterminados, García de Enterría e Ramón Fernánides tratam de tornar mais clara uma questão que, segundo eles, confunde muitos autores e juristas. Trata-se da confusão estabelecida entre estes conceitos jurídicos e a discricionariedade, realidades separadas, conforme o seu entendimento.

5.3 Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade

Segundo Enterría e Ramón Fernánides, *“a confusão de ambas as técnicas supôs na história do Direito Administrativo um gravíssimo erro, que só recentemente começou a liberar-se.”*¹⁸⁸ Para os autores, os conceitos utilizados pelas leis podem ser determinados ou indeterminados. Os primeiros delimitam a esfera do real a que se referem, de maneira precisa (como exemplo destes conceitos temos: a delimitação legal de setenta anos para aposentadoria compulsória de servidor público) com isto, não pairam dúvidas sobre o âmbito material aos quais tais conceitos se referem.

No que diz respeito aos conceitos indeterminados, a lei se refere a uma esfera da realidade cujas delimitações não são precisas no

¹⁸⁸ ENTERRÍA; RAMÓN FERNÁNIDES. *Op. cit.*, p. 392.

seu enunciado. Não obstante isto, ela tenta delimitar uma hipótese concreta (por exemplo: decisões tomadas por autoridade pública, invocando grave perturbação da ordem ou excepcional interesse público).

Nesses casos, embora a lei não determine com precisão os limites desses conceitos, por não possuírem eles uma quantificação ou determinação rigorosa, está sim, referindo-se à hipóteses da realidade que, apesar da indeterminação do conceito, torna-se este determinado no momento da sua incidência no caso concreto. E são estas formulações que embasam a afirmação já mencionada de que tais conceitos podem tornar-se unívocos quando deparados com situações específicas.

Prosseguem os autores afirmando que essa técnica baseada nesses conceitos abertos ou fluidos, revela-se inexcusável e geral em toda normatização. Quanto à maneira de operar tais conceitos que somente admitiriam uma solução justa, chegar-se a esta solução nem sempre é fácil.

Para Enterría e Ramón Fernádes, seguindo a trilha da doutrina alemã, na estrutura do conceito indeterminado, identifica-se um núcleo fixo (*Begriffkern*) ou “zona de certeza”, configurada por dados prévios e seguros; uma zona intermediária ou de incerteza ou ainda “halo do conceito” (*Begriffhof*) que é mais ou menos imprecisa e, por último,

uma zona de certeza negativa, certa quanto à exclusão do conceito.

Exemplificando toda esta estrutura em ação, afirmam que:

A zona de certeza do justo preço desta casa pode situar-se em dez milhões de pesetas, preço absolutamente mínimo conforme as estimativas comuns; a zona imprecisa pode estar entre dez e quinze; a zona de certeza negativa, de quinze em diante. Igualmente para o conceito de transtorno da ordem pública: o núcleo é claro, o halo pode ser mais esfumado, a zona de certeza negativa é a ordem mesma, ou com mínimas e irrelevantes alterações etc.

Suposta esta estrutura do conceito jurídico indeterminado, a dificuldade de fixar a solução justa se concretiza na zona de imprecisão ou halo conceitual, mas a dificuldade desaparece nas duas zonas de certeza positiva e negativa, *“o qual não é leviano de um ponto de vista de princípio”*¹⁸⁹. De resto, o campo de opções que remanesce na zona de imprecisão, poderá ser preenchido pela autoridade administrativa com uma amplidão maior de critérios de decisão, sem que isto signifique, no entender dos autores, livre vontade da Administração (o que, no seu entender seria discricionariedade) e sim interpretação da lei e aplicação desta aos fatos.

Ainda sob essa ótica, constata-se que uma boa parte (ou talvez a maioria) das potestades ditas discricionais, contidas na lei, não passam de enunciados a respeito de conceitos indeterminados.

¹⁸⁹ ENTERRÍA ; RAMÓN FERNÁNDES. *Op. cit.*, p. 396.

Contrariamente a isso, a discricionariedade, segundo os autores, é basicamente uma liberdade de opções dentre alternativas igualmente justas ou “indiferentes jurídicos”, já que a decisão se baseia em fundamentos extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não incluídos na lei e remetidos ao julgamento subjetivo do Poder Público.

No caso dos conceitos jurídicos indeterminados, o que se tem é a aplicação da lei, pois trata-se de subsumir numa categoria normativa (configurada apesar da sua imprecisão quanto a limites, com a intenção de demarcar uma hipótese concreta) a circunstâncias reais determinadas.

Assim, tal operação caracteriza-se como um processo regulado que se esgota na compreensão de uma certa realidade pretendida pelo conceito indeterminado e nesse processo, não há interferência de nenhuma decisão de vontade do aplicador, como é o caso da potestade discricional¹⁹⁰.

Com tais afirmações, Enterría e Ramón Fernandes , pretendem resolver o problema da possibilidade ou não de controle jurisdicional sobre a atuação discricionária administrativa, ao separar a idéia de discricionariedade dos conceitos jurídicos indeterminados e com isto dirão que:

A necessidade de apreciações de circunstâncias singulares de avaliação da oportunidade concreta no exercício do poder

¹⁹⁰ Essas formulações teóricas, ao contrário do que afirma Di Pietro, tiveram repercussão também no Brasil tal como o exemplifica o artigo “Técnicas de Controle da Discricionariedade Administrativa” FARIAS, Edilson de. *In: Arquivos do Ministério Público*. Ano 47, n. 183 Ja./jun. p. 158-170.

*público é indeclinável e isso alimenta inevitavelmente (grifo acrescido) a técnica da delegação de poderes discricionais. Substancialmente, isto é a política, a qual é ilusório pretender deslocar do governo da comunidade*¹⁹¹.

A partir dessas observações pode-se dizer que, para os autores, de um lado, os conceitos indeterminados podem vir a ser apreciados e objetivados judicialmente, delimitando-se, a partir deles, uma única solução *justa*¹⁹².

De outra parte, as opções discricionárias são do âmbito exclusivo do Poder Público por conterem questões e envolverem opções - todas elas válidas - de ordem política, econômica e outras matérias consideradas pelos autores como não pertencentes à dimensão jurídica ou imunes à sua esfera de incidência.

Pelo que se observa, Enterría e Ramón Fernádes, de um lado, avançam significativamente nas suas formulações teóricas, ao defenderem uma ampla apreciação do Judiciário, dos conceitos indeterminados que integram certas normas. Mas, por outro lado, ao delimitarem o campo da discricionariedade na esfera volitiva da autoridade administrativa, pauta-

¹⁹¹ ENTERRÍA ; RAMÓN FERNÁNDES. *Op. cit.*, p. 391.

¹⁹² A propósito dessa questão, resulta incompreensível a relutância que em parte ainda se verifica no Judiciário, em apreciar certos conceitos indeterminados que compõem a redação de certas normas. O exemplo mais flagrante ocorre na imunidade de julgamento que se outorga ao juízo subjetivo de relevância e urgência, ensejador de Medidas Provisórias por parte do chefe do Poder Executivo (art. 62 - C.F.). Ocorre que, desde a década de trinta Kelsen já afirmava que o sentido das normas não é unívoco e que, dentre suas várias significações, será o julgador que lhe atribuirá o sentido por ele considerado adequado. Assim: "Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral." KELSEN, Hans, 1979, p. 466-467.

da por opções tidas como “extrajurídicas”, esses autores assumem um posicionamento teórico conservador. Isto porque negam qualquer conexão entre âmbitos tais como os do político, econômico ou de oportunidade, sendo este, também um conceito indeterminado, com a esfera do Direito.

A propósito das esferas sócio-econômicas e políticas, já se observou que mesmo elas não estão imunes a padrões de vinculação normativa previstos nas atuais constituições dirigentes, tais como as normas programáticas, cuja eficácia não depende, totalmente, da promulgação de normas ulteriores¹⁹³.

5.4 Problemas Remanescentes à Divisão entre Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade

Essas teorizações de Enterría e Ramón Fernádes, que propõem uma separação da concepção de discricionariedade dos conceitos jurídicos indeterminados como forma de melhor delimitar e, conseqüentemente, operar o controle sobre a atuação do Poder Público, encontraram interessante oposição por parte de Bandeira de Mello quanto a sua incidência e também conjunção.

¹⁹³ Na Constituição brasileira, os artigos 170 e ss. são exemplos de tais disposições.

Segundo o jurista pátrio, é errônea a suposição de que não faz parte do âmbito da discricionariedade o tema referente aos conceitos indeterminados, cuja extração de sentido seria uma operação puramente interpretativa da lei e, portanto, uma atribuição do julgador.

Para Bandeira de Mello, dizer que o enquadramento dos conceitos indeterminados é mera *intelecção* da lei, excluindo-se aqui qualquer ato de *volição*¹⁹⁴, o qual consiste em fazer uma opção pautada em critérios subjetivos e diferentes igualmente válidos, tal afirmação traduz premissas de raciocínio verdadeiras, porém, de conclusões erradas.

Desenvolvendo esse argumento, o autor concorda que a interpretação de conceitos imprecisos ou indeterminados é atribuição do Judiciário. De outra parte, as decisões de mérito são atos volitivos decididos segundo critérios de conveniência e oportunidade que traduzem a opção por um, dentre vários comportamentos previstos por uma norma a ser aplicada. Entretanto, tais constatações ainda não resolvem o problema.

Ocorre que, não é somente nessa segunda atividade (volição) que a Administração está exercendo atuação discricionária. Para ele, tanto a “liberdade administrativa” e seus decorrentes limites à correção

¹⁹⁴ Segundo os juristas espanhóis, é apenas neste âmbito volitivo que reside a discricionariedade

judicial, quanto a “ausência de direito de terceiros” perante a Administração resultam, já seja do uso legal de conceitos fluidos, da possibilidade de opções de mérito ensejadas pela lei ou da conjunção destes fatores.

Para Bandeira de Mello, em todas essas situações, a *ressonância jurídica* dos conceitos indeterminados e das opções de mérito, é a mesma na esfera do Direito.

Portanto:

“Pouco importa se a liberdade que a lei proporciona para a Administração é uma liberdade intelectual ou uma liberdade volitiva, porquanto, em razão de uma ou de outra, os efeitos de direito serão idênticos. Por que, então, considerar que são realidades jurídicas distintas, se o fenômeno jurídico é o mesmo?”¹⁹⁵

Assim sendo, esse autor recoloca, corretamente, o problema da indeterminação de conceitos, no campo da discricionariedade e de resto, ao teorizar a respeito deste tipo de controle, desenvolve o conceito de *causa*. Esta é entendida pelo autor como categoria jurídica de ordem lógica, determinante no controle jurisdicional dos atos administrativos em geral. Tal categoria situa-se como um pressuposto a mais dos atos, mas apenas como elo de conexão lógica entre alguns elementos e pressupostos, posto que, é definida como a relação de adequação que

¹⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, 1996, p. 23-25.

deve se estabelecer entre o *motivo* e o *conteúdo* do ato administrativo, visando, então, uma *finalidade* de interesse público¹⁹⁶.

Segundo Bandeira de Mello, graças a esse conceito de *causa*, o Judiciário pode controlar a validade do comportamento da Administração, mesmo quando a lei não enuncia os motivos que justifiquem a expedição de tais atos.

Quer com isso dizer que, mesmo quando houver discricionarie-
dade na escolha de motivos para produzir um ato administrativo - já que a lei não os explicitou -, deverão eles guardar relação de pertinência com o ato praticado.

Será então, no âmbito da *causa*, que segundo o administra-
tivista paulista se examinarão dois tópicos fundamentais para constatar-
se a validade dos atos: sua *razoabilidade* e sua *proporcionalidade*.
Deste modo, através de um exame da proporcionalidade, por ele
entendida como faceta da razoabilidade, o que se objetiva verificar é se
a providência que foi tomada (*conteúdo* do ato), perante certo evento
(*motivo*), manteve-se nos limites necessários ao atendimento da
finalidade legal, ou então, se foi mais intensa ou mais extensa do que o

¹⁹⁶ O conceito de causa dos atos administrativos foi originariamente desenvolvido pelo jurista português, GONÇALVES PEREIRA, André. Erro e Ilegalidade do Ato Administrativo, p. 122, como "uma relação de adequação entre os pressupostos do ato e seu objeto" sendo que este foi melhor elucidado, ao estabelecer-se, especificamente, a sua conexão entre o elemento conteúdo e os pressupostos motivo e finalidade dos atos administrativos, por BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, 1998, p. 246-252. Observe-se, também, que sob a influência deste autor. Maria Sylvia Di Pietro, desenvolve uma linha de raciocínio similar a respeito deste tipo de relação de adequação, porém, sem utilizar a expressão: causa, conforme é mostrado no item 5.2.

necessário. Em resumo, um ato que excede o grau necessário de atendimento ao escopo legal não é razoável, pois para sê-lo, deverá respeitar, não só as leis, estritamente consideradas, como também os princípios de Direito Público.

Entretanto, mesmo sob esta ótica, ou melhor, em função dela, revela-se insuficiente, hoje, um tipo de controle jurisdicional que deve embasar-se num exame de validade nos moldes em que esta categoria ainda é concebida. Para alguns autores, dentre os quais o próprio Bandeira de Mello, os pressupostos de validade do ato administrativo são: pressuposto subjetivo (sujeito), pressupostos objetivos (motivo e procedimento), pressuposto teleológico (finalidade), pressuposto lógico (causa) e pressuposto formal (formalidades legais)¹⁹⁷.

Observe-se que aqui não consideram, esses autores, o conteúdo axiológico-constitucional que devem observar os atos administrativos quando tratam de definir, textualmente, o que se entende por ato administrativo válido ou quais seus pressupostos. Não obstante isso, como já foi observado, ao tratarem da incidência dos princípios no controle de tais atos, embora tal questão seja analisada em separado, situa-se ela, implicitamente, na mesma perspectiva da validade.

¹⁹⁷ Compartilham esse entendimento: ZANCANER, Weida, *Op. cit.*, p. 42 e BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, 1998, p. 240, sendo que os demais administrativistas pátrios, quando tratam deste tema, não apresentam linhas de discordância com respeito a esse posicionamento.

Além do mais, mesmo que se afirme ter ocorrido uma possível inadequação entre os meios e os fins de um dado ato, isto pode ter ocorrido sob a alegação, por parte do impugnante, de falta de boa-fé ou por imoralidade do autor da medida. No que tange ao emissor do ato administrativo, este pode justificá-lo alegando urgência, excepcional interesse público e assim por diante sendo que estas situações, como se observa, definem-se em conceitos pautados por juízos de valores, os quais teriam de ser, em última análise, devidamente comprovados.

Mesmo que para estas comprovações se venha a utilizar as teorias dos conceitos indeterminados de Enterría e Ramón Fernádes, faz-se necessário um embasamento jurídico-político que desenvolva mais claramente os parâmetros de legitimidade na relação Administração Pública-administrados e o papel do Judiciário como árbitro dessa relação.

De outra parte, já foi salientado que se observa hoje, na esfera jurídica brasileira, uma crescente utilização de princípios tais como os da razoabilidade e proporcionalidade como instrumentos de freio ao arbítrio estatal. Nesta medida, tais normas passam, cada vez mais, a integrar o repertório tanto da doutrina como da jurisprudência. Isto, no entanto, também acarreta distorções.

Tal se explica, como contrapartida ao já afirmado, em função de que também corre-se o risco, ao não estabelecer delimitações mais

claras na utilização desses princípios, de sobrevalorizar essas normas e isto, somado ao seu conteúdo impreciso (ou seja, a fluidez dos termos que os integram), pode trazer como consequência a sua utilização como fórmulas de amplitude excessiva. Estas, por sua vez, podem vir a ser enxertadas, sem uma maior reflexão ou ponderação, nas decisões judiciais em geral, de maneira indiscriminada, pondo em risco a própria segurança das relações jurídicas ou o que possa ser uma autêntica proteção dos direitos dos cidadãos¹⁹⁸.

Essas razões conduzem ao entendimento de que parece faltar em toda a temática que envolve a utilização desses princípios (cujo conteúdo valorativo conecta-se muitas vezes com aspectos, políticos, morais ou econômicos), no âmbito jurídico-administrativo, um corpo teórico que outorgue coerência e legitime todos esses entendimentos, organizando-os dentro de uma Teoria Geral de Direito condizente com essas exigências.

Para tal fim, é que se utilizará a matriz teórica do garantismo visando tratar desse tema. Nesse âmbito, será necessário redefinir o conceito de validade a fim de adequá-lo à utilização normativa dos

¹⁹⁸ Como exemplo deste tipo de situação, MORÓN, Sánchez. 1995, p. 22, menciona, dentro da jurisprudência espanhola, certas decisões que reduziram o quantum das sanções impostas pela Administração Pública, por terem sido estas consideradas desproporcionais, sem ter havido uma justificativa mais clara sobre o porquê desta desproporção. Além disto, chegou-se a afirmar, em outras decisões judiciais, que a quantificação das sanções administrativas tem sempre um caráter regulado, inclusive se a norma habilitante confere à Administração discricionariedade na fixação das multas, sendo que, esta regulamentação também se utilizou dos conceitos jurídicos indeterminados.

princípios constitucionais. Tal será feito, ao se tratar do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários sob a perspectiva garantista levando em consideração, como substrato político destas relações, o Estado Constitucional de Direito. Será a partir dele que formular-se-á uma concepção própria sobre o papel a ser desempenhado pelos poderes estatais, dentre os quais serão destacadas as funções e a relação entre a Administração Pública e o Poder Judiciário.

CAPÍTULO VI

A ATIVIDADE DISCRICIONÁRIA ADMINISTRATIVA E SEU CONTROLE JURISDICIONAL SOB A PERSPECTIVA GARANTISTA

6.1 Considerações Introdutórias

Dentro de uma perspectiva teórica tradicional, a jurisdição a respeito de uma questão de ordem administrativa não deve aceitar, em princípio, os elementos políticos ao ponto de somente no caso em que a autoridade pública claramente não atenda à finalidade ou a certas previsões da lei, entra em jogo, então, a jurisdição como instância de controle.

Tal situação, numa abordagem garantista, revela-se incompatível com um Estado Constitucional de Direito. Isso porque a hipótese acima descrita, somente seria aceitável, unicamente, se as funções desenvolvidas, tanto pela administração quanto pela jurisdição,

fossem assimiláveis em termos estritamente legais. Em outras palavras, se fosse determinado que a função de ambas as instâncias é o desenvolvimento da lei, conduzindo-a até a realidade dos fatos, já seja executando-a ou dando-lhe aplicação a um dado caso concreto.

Entretanto, segundo pondera Peña Freire¹⁹⁹, no caso da função jurisdicional, o elemento primário que a caracteriza não é a aplicação ou realização do Direito num sentido estrito. É sim a garantia dos direitos e dos interesses das pessoas, sendo que esta garantia se desenvolve no processo, ligando o Direito, em sentido amplo, a cada conflito ou caso concreto.

Embora a forma ou procedimento através do qual se exprime essa função seja a aplicação do Direito ao caso concreto, é a garantia que dá sentido à função jurisdicional e não o contrário.

A Administração Pública, ao desenvolver e executar a lei, fará as ponderações e valorações políticas de acordo com o sentido político que o legislador terá nela incutido. Cabe novamente chamar a atenção ao fato de que estes agentes públicos deverão pautar-se, na sua atividade legislativa, pelos valores fundamentais constitucionalmente consagrados, ou ao menos, não contrariá-los.

Diversamente, a função do julgador será verificar se houve ou não lesão a algum direito na atuação administrativa. Dependendo do caso,

¹⁹⁹ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *Op. cit.*, p. 288.

este outorgará a tutela e restaurará a situação jurídica afetada, sem a necessidade de se desvincular do sentido político da norma, já que dele nunca deve se afastar. Precisamente nisto, consistirá a sujeição primária do juiz às garantias, posto que o sentido político da norma deve pautar-se em função dos direitos fundamentais, constitucionalmente estabelecidos.

Sob essa ótica, o juiz, no exercício da sua função, somente está vinculado ao Direito, e num sentido mais favorável, aos direitos fundamentais dos cidadãos garantidos constitucionalmente e cuja relevância deixa de ser vista apenas sob o aspecto formal-instrumental, passando a ter prevalência substancial na defesa destes direitos.

Atente-se que aqui o problema não é negar a existência do Político no Direito e sim de melhor delimitar a sua forma de interagir com a realidade jurídica.

Sob o enfoque garantista, a Administração Pública exerce uma série de cometimentos, visando a realização de certas funções previstas na Constituição e também na lei que, por sua vez, a estruturam como um poder instrumental. É precisamente esta instrumentalidade da Administração frente à Constituição que define a sua relação com os direitos fundamentais e cuja tutela e garantia outorga sentido à *Lei Maior*, considerada como a expressão jurídica da posição de centralidade que a pessoa ganha num Estado Constitucional de Direito.

Quer-se dizer com isso que a instrumentalidade da Administração é uma forma peculiar de expressão do princípio que consagra o atual modelo de Estado de Direito.²⁰⁰ Este modelo estatal estabelece que a Administração não pode eximir-se dos direitos e interesses dos cidadãos, já que ela própria é uma manifestação da subordinação do Estado ao social, ou seja, ao externo.

A subordinação da Administração ao sentido político do ordenamento constitucional encontra-se referida, precisamente, ao papel de centralidade desempenhado pelas pessoas frente ao poder estatal.

Quanto ao direcionamento político plasmado na legislação, este goza do respaldo dos cidadãos em geral e, portanto, é a que eles consideram a mais adequada para a defesa dos seus interesses. Dito em outros termos:

La administración queda vinculada al sentido así definido, pues hay que presumirlo el más favorable, el más central a los derechos de los miembros del grupo político, ya que es su expresión mayoritaria. De este modo, también la vinculación al sentido político del ordenamiento convierte a la administración en un instrumento de la centralidad de la persona y en un medio para la realización de sus derechos²⁰¹.

²⁰⁰ No ordenamento jurídico brasileiro, este princípio está expresso no artigo 1º, caput da Constituição Federal sob o rótulo Estado Democrático de Direito o qual, por ser um princípio fundamental, irradia-se em todo o corpo normativo da Constituição.

²⁰¹ A administração fica vinculada ao sentido assim definido, posto que, deve-se presumi-lo o mais favorável, o mais central aos direitos dos membros do grupo político já que é a sua expressão majoritária. Deste modo, também a vinculação ao sentido político do ordenamento, converte a administração em um instrumento da centralidade da pessoa e num meio para a realização dos seus direitos. PEÑA FREIRE. *Op. cit.*, p. 289.

Isso tudo significa que o controle a ser realizado pelo Judiciário da atividade administrativa terá sempre como base os direitos fundamentais constitucionais, considerados, agora, sob um aspecto substancial e primacial, posto que eles traduzem os valores morais e políticos da sociedade.

Dessa maneira, esses valores morais e políticos são configurados nos direitos fundamentais e estes, por sua vez, convertem os direitos dos cidadãos no elemento último que outorga sentido ao controle sobre a atividade administrativa. Assim, objetiva-se que a atuação da Administração Pública realize, no maior grau possível, o atendimento aos direitos da sociedade observando o interesse geral.

Ainda sob essa linha de entendimento, pode-se afirmar que o tipo de controle a ser feito pelo Judiciário sobre os atos da Administração, continua a sê-lo sob o âmbito estrito do Direito, desde que observada a acepção que o garantismo outorga a este conceito que, como já se observou, admite também diretrizes de ordem política. Esta aparente contradição entre um suposto âmbito estritamente jurídico na função judicial e, de outra parte, diretrizes políticas que orientam o Direito, será tratada mais adiante, ao delimitar-se melhor a dimensão do político no jurídico.

6.2 O Controle Jurisdicional do Ato Administrativo no Modelo Garantista

No que se refere ao tema do controle jurisdicional dos atos administrativos, verifica-se, na concepção garantista, certas reformulações a esse respeito. Constata-se que a crise do modelo tradicional do controle do ato administrativo, sob a ótica da estrita legalidade afirmado no modelo francês do *excés de pouvoir*, mudou radicalmente com a consolidação do Estado Constitucional de Direito.

Nessa nova realidade política, o modelo paradigmático francês do controle da legalidade do ato não satisfaz mais as exigências constitucionais. Segundo estas demandas, a atividade administrativa é atividade condicionada juridicamente na qual não existem poderes implícitos ou imunes a um controle e onde a garantia jurisdicional contra os atos da Administração tende, assim como as outras garantias jurisdicionais, à tutela dos direitos e interesses dos cidadãos.

Precisamente por isso, é que se revela insuficiente o tipo de controle que tradicionalmente se exerce sobre a legalidade do ato ao decompô-lo estruturalmente nos seus elementos, a saber, *conteúdo e forma* e seus pressupostos, quais sejam, *motivo, agente competente, causa, objeto e finalidade*, a fim de verificar se algum destes requisitos está em desconformidade com a lei.

Tal metodologia de apreciação jurisdicional do ato administrativo revela-se incompleta por continuar a considerá-lo como um todo formado por partes, sendo que, constatada a adequação legal de cada uma delas, poder-se-ia falar na sua perfeita correção normativa. Ao tratar dessa questão, Caio Tácito afirma que o controle de legalidade dos atos administrativos não se limita a seus elementos exteriores tais como os fatos que ensejam as opções discricionárias. Tal controle se aplica, fundamentalmente, a todos os aspectos que o autor considera vinculados à função administrativa. Segundo seu entendimento, não somente no tocante à competência ou à forma, como com relação ao objeto, aos motivos e à finalidade, pode operar o veto jurisdicional.²⁰²

De outra parte, Moreira Neto, ao examinar essa questão, afirma que será pela via do instrumental principiológico que, de forma objetiva e lógica poder-se-á apreciar, no âmbito judicial, tais atos discricionários. Para o autor, princípios como os da realidade²⁰³ e razoabilidade devem informar a adequação do mérito do ato com o interesse público, *numa razão de todo para parte, pois integrar é completar uma parte faltante do todo*²⁰⁴.

²⁰² TÁCITO, Caio. Direito Administrativo, p. 49.

²⁰³ Segundo Moreira Neto, o princípio da realidade parte da idéia de que o Direito deve voltar-se à disciplina da convivência real entre os homens sendo que seus atos partem do pressuposto de que os fatos que sustentam suas normas e demarcam seus objetivos são verdadeiros. MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo, op. cit. p. 53.

²⁰⁴ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo, op. cit. p. 81.

Ora, o que se quer dizer é que determinado ato administrativo poderá conter todos os requisitos legais (conjunto de elementos e pressupostos) de forma adequada e, no entanto, poderá estar ferindo um direito merecedor de tutela. Nesta perspectiva, amplia-se o âmbito restrito das regras (leis e atos normativos em geral) e adentra-se na esfera dos princípios como normas que deverão constatar a adequação ou não do ato em questão ao ordenamento jurídico do Estado Constitucional.

Dito de outra forma, numa visão garantista, ao se realizar uma apreciação judicial de determinado ato administrativo, independentemente do seu grau de discricionariedade, não se tratará de constatar a legalidade de todas as partes do ato para, ao cabo disto, concluir que não há lesão ao Direito. Neste caso, percorre-se o caminho inverso, ou seja, verificada a lesão ao Direito, o ato será inválido, independentemente do seu atendimento aos requisitos estritamente legais, apreciados de forma *atomística*. Dito em outros termos, deve-se considerar que cada parte componente do ato somente adquire sentido jurídico-normativo, quando relacionada logicamente com os demais requisitos que compõem sua estrutura, através da ação cimentadora dos princípios constitucionais e, portanto, sob um enfoque eminentemente

axiológico²⁰⁵.

Por essa razão, tratar-se-á da adequação estrutural do ato administrativo às normas superiores, inclusive princípios, de forma logicamente integrada, considerando suas partes componentes e procedendo-se a uma divisão interna dos requisitos de vigência e de validade dos atos, de acordo com o paradigma garantista. Tal será efetuado, ao tratar-se das incompatibilidades entre a idéia positivista tradicional de validade e a atual sistemática principiológica do controle jurisdicional dos atos discricionários

Para tanto, categorias jurídicas tais como as da validade e vigência, também passam por uma reformulação conceitual coerente com as bases doutrinárias da teoria o garantismo, tanto no seu aspecto jurídico quanto político.

Assim sendo, proceder-se-á ao seu estudo, desenvolvendo

²⁰⁵ Observe-se a esse respeito, as decisões jurisprudenciais mostradas no item 5.1 Em realidade, o que se quer dizer com a crítica à atomização na análise do ato administrativo, pode ser sintetizado nas palavras de Rodrigues Queiró, quando afirma que: "hoje, toda a clássica teoria da estrutura do ato administrativo, que distingue nestes fases ou momentos diversos, está em crise. Os mais conhecidos autores de direito administrativo francês denunciam a grande incerteza, o marcado empirismo que tem presidido à construção teórico-jurídica da estrutura do ato administrativo. Uns chamam causa ao que outros chamam fim ou motivo aos antecedentes de fato do ato, outro ainda dá este nome a considerações irrelevantes tidas em conta pelo agente" QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Reflexões sobre o ato administrativo in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, v II, p. 20. Isto, entretanto, não significa um abandono de todos os elementos e pressupostos dos atos administrativos. Significa sim, considerar tais atos sob certo entendimento consensual sobre seus requisitos e sobre a noção da categoria estrutura, a qual não seja concebida como simples resultado de uma soma de partes. Explicitando melhor, o todo estrutural é mais do que as partes, ou seja, a soma destas não constitui ainda uma totalidade; requer-se, além disto, a ordem e articulação sistematizada das partes, que em determinadas circunstâncias pressupõe até um fator substancial de totalidade. Portanto, uma análise estrutural do ato administrativo, condizente com a teoria garantista, deverá considerar como elo de conexão lógica e como observação primacial e geral na estruturação do ato administrativo, os princípios e diretrizes constitucionais, orientados por uma concepção axiológica de validade, além de uma concepção procedimental e formal de vigência.

também, os conceitos de, eficácia e de justiça, decorrentes dessa reformulação. Tais conceitos serão tratados, fundamentalmente, no âmbito do Direito Público e, particularmente, sob a sistemática da teoria do ato administrativo²⁰⁶.

6.3 Validade, Vigência e Eficácia do Ato Administrativo na Visão Atual e segundo a Teoria Garantista

Pode-se resumir o entendimento doutrinário no direito administrativo sobre a *validade* de seus atos, afirmando que o ato administrativo é válido quando atende ou cumpre todas as exigências formais do ordenamento jurídico. Dito de outra maneira, a validade se verificará quando o ato atender o procedimento estabelecido em normas superiores, obedecendo passo a passo, os requisitos exigidos pela ordem normativa.

Com relação ao conceito de *eficácia*, entende a doutrina que o ato administrativo é eficaz quando encontra-se apto a produzir os seus efeitos no mundo dos fatos. Ou seja, para este poder irradiar os seus efeitos específicos não está havendo nenhuma impossibilidade ou dependência de qualquer evento posterior. Portanto, a eficácia será

²⁰⁶ Conferir como exemplos a respeito destas concepções sobre validade, eficácia e vigência dos atos administrativos, as obras de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, 1998. p. 232 e GASPARINI, Diógenes, Direito Administrativo. p. 70.

caracterizada pela situação atual do ato de disponibilidade para a produção dos efeitos que lhe são próprios.

No que se refere ao conceito de *vigência*, ainda segundo a doutrina corrente, esta categoria se expressa pelo período de permanência do ato no ordenamento jurídico, ou seja, representa a dimensão temporal do ato administrativo.

Fala-se ainda no conceito de *perfeição* do ato administrativo, sendo que este se verifica quando o ato é exequível. Considera-se que há exequibilidade quando se observa a capacidade do ato para produzir efeitos jurídicos.

Portanto, ato administrativo perfeito é aquele que está em condições de produzir efeitos porque já completou o seu ciclo de formação. Percebe-se aqui a identificação do conceito de *perfeição* com o conceito de *eficácia*, já comentado, a tal ponto que autores como Di Pietro²⁰⁷ ao tratar do tema da perfeição, não desenvolve o conceito de eficácia dos atos²⁰⁸.

²⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania, 1997, p. 186-187.

²⁰⁸ A esse respeito, Bandeira de Mello, ao tratar da validade e eficácia dos atos administrativos, também desenvolve o conceito de perfeição no mesmo sentido que Di Pietro, porém, deixa de tratar do conceito de vigência por identificá-lo com o conceito de perfeição. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, 1998, p. 232. De outra parte, Gasparini, trata das noções de validade, vigência, eficácia e perfeição dos atos administrativos. Segundo este autor, o ato será válido quando editado na conformidade da lei (atos concretos) ou da Constituição (regulamentos autônomos) sendo que nessas análises o autor não considera aspectos axiológicos. A vigência expressa o período de permanência do ato no ordenamento jurídico, sendo sua dimensão temporal, eficácia é a sua prontidão para produzir efeitos e, finalmente, ato perfeito é aquele que materialmente não lhe falta nada em termos de requisitos (elementos e pressupostos). Neste último caso, o autor vislumbra na perfeição, o conceito de validade estrutural de Bandeira de Mello e Zancaner.. GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.*, 68-70.

Esses entendimentos, nada mais são do que uma tentativa de adequação da teoria jurídico-administrativa às concepções a respeito dessas categorias, desenvolvidas pela Teoria Geral do Direito.

Em realidade, impera uma grande controvérsia quanto ao conceito de validade, além de uma certa indecisão dentro da Teoria Jurídica sobre o uso correto dessa expressão conforme assinala Zancaner²⁰⁹.

Ainda segundo essa autora, inexistente possibilidade de formular-se um conceito unitário da expressão validade, posto ser o termo usado de forma assistemática e oportunística²¹⁰. Isto, quando não são confundidos os planos da validade com os da vigência e da eficácia, como por vezes ocorre na doutrina civilista²¹¹.

A propósito dessa confusão, observe-se que segundo Ferraz Jr., os juristas utilizam-se de três conceitos de validade normativa, a saber : validade constitucional, validade ideal e validade fática²¹².

O conceito de validade constitucional refere-se às normas elaboradas de acordo com os preceitos superiores de um dado ordenamento jurídico. Neste caso se está observando um conceito eminen-

²⁰⁹ Cf. ZANCANER, Weida, *Op. cit.*, p. 36.

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ Conferir a este respeito DA SILVA PEREIRA, Caio Mario. *Instituições de Direito Civil*, p. 73-74 e DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, p. 77-83.

²¹² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1977, p. 57-58.

temente estrutural de validade²¹³.

O conceito de validade ideal é utilizado para referir-se a normas que possuem validade em razão de serem argumentadas pela via da própria doutrina. Neste caso, abre-se espaço para a invocação de princípios gerais de direito ou de institutos doutrinários, por exemplo²¹⁴.

A validade fática, por seu turno, serve para designar as normas capazes de produzir efeitos, de estarem em vigor. Nesta conceituação observa-se a flagrante identificação da noção da validade com as noções de eficácia e vigência²¹⁵.

²¹³ Esse conceito inspira-se no modelo kelseniano de validade normativa. Segundo Kelsen: "A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas". Dessa forma: "O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é em relação a ela, a norma inferior(...) Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. Como norma mais elevada ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta pela autoridade (...) Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (Grundnorm)". Evidentemente que, essa norma hipotética fundamental não se confunde com a Constituição pois esta última é norma posta e não pressuposta pela razão. Entretanto, segundo Kelsen, é sob a Constituição que a ordem jurídica se apoia. (KELSEN, Hans, 1979, p. 267-298). Com relação ao conceito de "vigência", este é identificado com o de "validade" em Kelsen. Tal se verifica quando o autor afirma que: "Dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo 'vale' (é 'vigente') significa que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma"(KELSEN, Hans, 1979, p. 267.) No que respeita ao âmbito doutrinário brasileiro, os administrativistas pátrios, quando tratam do tema da validade dos atos estatais, remetem-se implícita ou explicitamente à concepção kelseniana.

²¹⁴ No âmbito doutrinário brasileiro, têm se destacado as teorias desenvolvidas por Marcos Bernardes de Mello a respeito da invalidade dos atos jurídicos. A fim de tratar deste tema, o autor identifica o conceito de validade do ato com o de vigência (BERNARDES DE MELLO, Marcos. Teoria do Fato Jurídico, p. 05). Além do mais, quando se refere aos parâmetros axiológicos da validade, os identifica com a conformidade do ato jurídico com o direito e este com a licitude e possibilidade jurídica do objeto do ato (BERNARDES DE MELLO, Marcos, op. cit. P. 17). Pelo que neste trabalho se está mostrando, não se concorda com a identificação validade = vigência e nem valores = legalidade. Em verdade, o esforço do autor, ao desenvolver um método de melhor precisar a invalidade dos atos, consiste em mostrar que são planos diferentes os da existência, validade e eficácia dos atos jurídicos. Entretanto, esta diferenciação não representa nenhuma novidade no campo do direito administrativo (conferir BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, 1998, p. 231-251 e ZANCANER, Weida, op. cit. p. 29-54)

²¹⁵ Este conflito entre as noções de validade, vigência e eficácia é ainda melhor ilustrada por Ferraz Jr. quando afirma que: "a questão se complica quando ouvimos expressões como 'norma válida com eficácia suspensa', isto é, a norma faz parte do ordenamento, mas não pode ser aplicada, ou 'norma eficaz mas sem vigência', isto é, norma que foi e vem sendo aplicada, gerando, inclusive, consequências, embora não exista para o sistema" FERRAZ JR. Tercio Sampaio. Teoria da Norma Jurídica. Rio de Janeiro: Forense. 1978, p. 96.

A fim de melhor esclarecer esses conceitos, a teoria do garantismo, com especificidade própria de teoria geral que é, desenvolve outro entendimento a respeito do significado, tanto da validade quanto da eficácia, vigência e justiça das normas em geral e, portanto, também aplicadas aos atos administrativos.

Para que se possa entender melhor todas estas redefinições conceituais, torna-se necessário uma breve remissão histórica ao contexto político resultante da formação dos modernos Estados Constitucionais de Direito. Ocorre que a estes Estados foram incorporados os valores de justiça oriundos do iluminismo racionalista, como já foi comentado. Desta forma, a questão a respeito do valor da pessoa humana, a isonomia frente ao Direito, os direitos civis e políticos e as garantias processuais, tornam-se basilares neste novo modelo estatal²¹⁶.

Assim, todos esses valores e princípios que, como já se viu, carregam a mesma estrutura qualitativa, afirmados primeiramente como direitos naturais - sob o iluminismo do século XVIII - passaram a consolidar-se como direitos fundamentais nas constituições modernas, as quais carregam imperativos negativos (limitações), como no caso dos direitos individuais, e positivos, tais como os direitos sociais (entendidos como direitos fundamentais de segunda geração, conforme já se explanou).

²¹⁶ CADEMARTORI, Sergio. *Op. cit.*, p. 78.

Precisamente, sob a base desses direitos fundamentais é que se reformula, tanto o significado quanto a operatividade dos conceitos de validade, vigência, eficácia e justiça normativa²¹⁷.

Considerando as afirmações de Cademartori, verifica-se que a teoria garantista redefine as concepções tradicionais a respeito dessas categorias e passa a entender por validade, a adequação material ou substancial que os atos normativos inferiores devem guardar, em consonância com os direitos fundamentais.

Em termos mais específicos, uma norma somente será válida quando estiver imunizada frente a vícios materiais, portanto, quando não estiver em contradição com norma alguma, hierarquicamente superior. Esta não contradição refere-se, basicamente, ao conteúdo dessas normas que, por sua vez, deve ser condizente com os preceitos constitucionais fundamentais no seu aspecto valorativo.

Com respeito à categoria vigência, entende-se que esta sim está relacionada com o caráter formal que deve ser atendido pelas normas inferiores com relação às normas superiores. Então, norma vigente é aquela que deve ser posta por aquele que a expede, em confor-

²¹⁷ Observe-se, a propósito do entendimento corrente a respeito destas categorias jurídicas, que autores como FERRAZ JR. Tércio Sampaio, 1996, p. 358, reconhecem que o Direito, ao ser privado de valores tais como a moralidade, carece de sentido. No entanto, ainda segundo este autor, ele não perde necessariamente império, validade e eficácia. Ou seja que, apesar de reconhecer a necessidade de valores para dar um sentido (nos seus termos já explicitados) ao Direito, estes encontram-se separados e não afetam o âmbito da validade normativa.

midade com os procedimentos previstos em normas superiores. }

Vigência, portanto, além de dizer respeito à dimensão temporal e de existência formal das normas, refere-se também ao seu caráter procedimental, substituindo assim, a noção tradicional de validade.

No que se refere à eficácia, uma norma assim será quando for, *de fato*, observada pelos seus destinatários e/ou aplicada pelos órgãos competentes para tanto, sendo que neste caso o seu significado difere, fundamentalmente, da concepção que lhe é atribuída na doutrina jurídico-administrativa corrente²¹⁸.

Nos casos em que o ato administrativo tiver cumprido todas as formalidades legais e, no entanto, estiver sujeito a termo ou condição suspensiva, para produzir seus efeitos, entende-se que o ato é *pendente* e conseqüentemente, ainda não eficaz²¹⁹.

Considerando agora os conceitos de vigência, validade e eficácia, observados na Teoria Geral do Garantismo, estes podem ser vislumbrados numa relação dinâmica. Nesse caso, afirma-se que no Estado de Direito, as normas vigentes, ou seja existentes:

"(...) podem ser válidas ou inválidas e, eficazes ou ineficazes. Então, tanto uma lei ordinária em contradição com a Constituição ainda não declarada

²¹⁸ Pelo que já foi exposto, os administrativistas brasileiros quando tratam da eficácia dos atos administrativos referem-se à sua aptidão para produzir efeitos. Em verdade, deve-se considerar, no plano da eficácia, não a sua aptidão e sim a sua concreta irradiação de efeitos, posto que o ato formalmente apto a ser aplicado é o ato perfeito.

²¹⁹ O conceito de ato administrativo pendente é desenvolvido por DI PIETRO, Maria Sylvia, 1997, p. 187.

inválida. quanto uma norma constitucional ineficaz, estarão enquadradas na categoria de 'vigentes' ”²²⁰.

Em decorrência de todas estas reformulações, o próprio conceito de “justiça” ganha novas significações. A partir de agora entende-se que haverá uma “justiça interna” (ou legal) quando se verificar uma relação de correspondência entre a vigência e a validade em cada ordenamento jurídico; das leis com relação à Constituição e das sentenças judiciais com relação às leis.

De outra parte, haverá uma “justiça externa” quando for observada a correspondência entre a validade e a justiça e, neste caso, por justiça se entenderá a adesão do ordenamento jurídico a valores políticos externos, ou seja, sociais. Ainda, segundo Ferrajoli, ao tratar-se de conceitos tais como os de justiça interna e externa, somente é possível referir-se a eles em termos de graus.

Essa observação é desenvolvida da seguinte forma: o grau de justiça externa será determinado em função da quantidade e qualidade de princípios de justiça incorporados limitativamente nos níveis normativos mais altos do ordenamento jurídico. Quanto ao grau de justiça interna, este dependerá da quantidade e qualidade das garantias de que esteja dotado o ordenamento jurídico, ou seja, das técnicas

²²⁰ CADEMARTORI, Sérgio. *Op. cit.*, p. 78-79.

institucionais capazes de assegurar a máxima correspondência entre a normatividade e a efetividade dos princípios incorporados²²¹.

Com esses novos posicionamentos teóricos, alguns dos aspectos dogmáticos tradicionais do direito sujeitam-se a um redimensionamento garantista. Isto significa dizer que, em primeiro lugar: *“O postulado positivista da obrigação de o juiz aplicar o Direito vigente vê-se abalada nos Estados de Direito caracterizados por Constituições rígidas, já que quando as leis forem vigentes, porém inválidas, não existe para o juiz a obrigação jurídica de aplicá-las”*.

De outra parte, o dogma:

(...) da avaloratividade da ciência jurídica impõe que a crítica ao Direito vigente seja feita somente do exterior do mesmo, a partir de critérios políticos ou de justiça. Já o garantismo traz a crítica para o interior do sistema jurídico, valorando o ordenamento a partir de critérios de validade ou invalidade postos pelas normas de escalão superior²²².

Transpondo todos esses postulados para o campo do controle jurisdicional dos atos estatais em geral e administrativos em particular, pode-se concluir que o julgador, caso deseje optar por uma apreciação garantista de tais atos, não os considerará somente sob a ótica da estrita legalidade. Caso não ocorresse tal apreciação garantista, poderia estar sendo justificado um suposto respeito para com a opção discricionária do

²²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 367.

²²² CADEMARTORI, Sérgio. *Op. cit.*, p. 82.

emissor do ato desde que atendidos todos os requisitos legais da sua formação e aqui, a opção discricionária, poderia ocorrer, inclusive, sob o argumento de decisões políticas, econômicas ou puramente administrativas.

Ao contrário disso, um juiz garantista, ao julgar esse tipo de ato, deverá observar, acima de tudo, a adequação que ele observe com relação aos princípios esboçados nos direitos fundamentais e nos respectivos valores morais e políticos que eles traduzem. Ou seja, deverá atender, além da legalidade estrita do ato, aos critérios de justiça interna e externa.

Entretanto, para que se possa estruturar de maneira coerente, um controle jurisdicional garantista sobre a atividade discricionária estatal, algumas considerações precisam, ainda, ser melhor elucidadas.

6.4 Incompatibilidades entre o Conceito Tradicional de Validade e o Controle Jurisdicional do Ato Discricionário

Caso se entenda que a discricionariedade se baseia em providências resultantes de juízos subjetivos encerrados em uma esfera jurídica delimitada que tolera mais de uma opção considerada válida, alguns esclarecimentos se fazem necessários. Primeiramente, observe-se a respeito disto, que a acepção de validade, no seu entendimento

tradicional, acarreta uma série de dificuldades e contradições quanto à sistemática de controle jurisdicional sobre os atos estatais em geral.

Em segundo lugar, o modelo de entendimento tradicional resulta problemático ao efetuar-se um controle jurisdicional que pretenda avaliar as conseqüências sócio-políticas das decisões oriundas dos atos veiculados pelo Estado. Além disto, também dificulta-se o controle da moralidade que estes atos possam ou não englobar. Isto tudo, apesar de ter-se consagrado um princípio da moralidade na Constituição Federal, a embasar a atividade administrativa.

Justificam-se essas observações pelo fato de que, sob esse atual paradigma jurídico, a apreciação judicial do conteúdo das decisões estatais, está comprometido em dois aspectos básicos: de um lado, os entendimentos tradicionais do que possa ser um controle de validade dos atos terminam por justificar, por parte da autoridade pública, a alegação de intervenção indevida de um Poder de Estado sobre o outro. Em regra, a citada alegação de intervenção será a do Poder Judiciário sobre o Poder Executivo, sempre que houver uma apreciação jurisdicional sobre aspectos que não sejam os estritamente legais. Conseqüentemente, fica também justificada uma maior liberdade do poder que expede tais atos, para agir sob critérios exclusivos do que possa ser socialmente justo, útil, necessário, conveniente ou de atendimento ao bem comum, por exemplo.

De outra parte, mesmo que se venha observando, já há algum tempo, um paulatino avanço do controle jurisdicional sobre certos aspectos dos atos administrativos, tais como a sua obediência a padrões de razoabilidade, proporcionalidade ou moralidade, tal mudança de enfoque termina por entrar em conflito com a concepção tradicional da validade das normas.

Explica-se isso, na medida em que categorias jurídicas tais como a razoabilidade, proporcionalidade ou moralidade, cuja inserção no âmbito jurídico denotam fundamentalmente valores, atuam tais normas, sempre em função da sua carga axiológica. Desta maneira, estas resultam incompatíveis, como já foi dito, com um entendimento de validade que expurgue da sua concepção toda e qualquer idéia de valoração.

Ao contrário desses entendimentos, a teoria garantista, vislumbra nesta idéia tradicional de validade, uma outra categoria, qual seja, a vigência, de acordo com o que também já foi exposto.

Com base nisso, afirma-se que os juízos formulados sobre a vigência das normas assentam sob bases eminentemente descritivas, posto que referem-se a fatos concretos, seja a promulgação das normas pela autoridade competente ou a observância do devido processo na sua edição, por exemplo.

No que diz respeito aos juízos de validade, estes por pretenderem verificar processos de adequação valorativa, são portadores de uma forte carga axiológica. Exatamente por esta razão, entende-se que as condições formais constituem requisitos de fato, determinantes para a existência das normas (critério da vigência). De outra parte, as condições substanciais da validade e em especial, da validade constitucional, referem-se a observância de valores tais como a igualdade, liberdade e demais direitos fundamentais dos cidadãos²²³.

Evidentemente que estas observações críticas partem da análise de um controle jurisdicional dos atos administrativos estritamente legalista, ou seja, sob um embasamento positivista tradicional que não acolhe, na sua concepção de legalidade, o caráter substancial e normativo dos princípios implícitos e explícitos e das diretrizes constitucionais. Caso se queira adotar um tipo de controle considerado sob um aspecto condizente com o atual paradigma da Dogmática Jurídica, o qual dentre outros aspectos, observa uma idéia de legalidade em sentido amplo, pode-se equacionar uma sistemática garantista de apreciação judicial dos atos administrativos no seu aspecto interno, delimitando nos seus componentes estruturais, os âmbitos da vigência e da validade que conformam o ato.

²²³ Conferir CADEMARTORI, Sérgio. *Op. cit.*, p. 83.

Assim, pode-se dizer que os aspectos da *competência* e da *forma* dos atos, remeter-se-ão ao campo da vigência, posto que dizem respeito à adequação procedimental e formal deles em consonância com as normas superiores.

Com respeito ao *objeto*, ou seja, aquilo sobre o que o ato dispõe, a questão aqui diz respeito à existência fática do ato. Isto porque, *sem objeto material e juridicamente possível, não pode surgir ato jurídico algum, seja administrativo ou de qualquer outra tipologia*²²⁴.

No que se refere ao *motivo*²²⁵, este pressuposto exige, na maioria das vezes, critérios subjetivos de valoração. Com efeito, muitas vezes, a situação ensejadora do ato, não é passível de ser reduzida a uma pura aplicação automática, sem uma maior ponderação, da previsão legal a uma situação concreta. Nestes casos, o “motivo legal” é decorrente de uma situação insuscetível de ser reduzida a uma objetividade absoluta, por exemplo, quando a lei proíbe comportamentos atentatórios à moral²²⁶.

²²⁴ Conferir esta observação em BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, 1999, p.338

²²⁵ Não se confunde esta categoria com a motivação dos atos administrativos. A esse respeito, Florivaldo Dutra chama a atenção a uma classificação que a divide em motivação material e formal. Motivação material ocorrerá quando o ato possuir pressuposto fático que tenha autorizado ou obrigado o administrador público a emití-lo e corresponder às outras exigências legais impostas para sua prática. Motivação formal ocorrerá quando houver exposição capaz de deixar claro que o ato tenha sido praticado segundo motivos reais aptos a provocá-lo, que esses motivos guardam relação de pertinência lógica com o conteúdo do ato e que este tenha emanado da autoridade competente, em vista da correta finalidade legal. DUTRA DE ARAÚJO, Florivaldo. Motivação e Controle do Ato Administrativo, p. 93.

²²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, 1999, p. 341.

Nessa situação, o critério de valoração da medida adotada deverá ter um parâmetro claro para sua aplicação, o qual na doutrina corrente remete-se, normalmente, à imprecisa noção de *padrões culturais vigentes*²²⁷.

O mesmo pode ser dito quanto à *finalidade* dos atos administrativos, ou seja, o bem jurídico que se quer alcançar com a adoção de providências administrativas. Embora, por vezes, a lei determine precisamente qual o desiderato visado²²⁸, em outras situações este aspecto teleológico estará fundado em conceitos imprecisos²²⁹ cuja objetivação ao confrontá-los ao caso concreto nem sempre é possível, principalmente se houver que considerar juízos de valor. Sendo assim, tanto o pressuposto do motivo quanto o da finalidade deverão considerar apreciações valorativas, as quais, num sentido garantista, se remeterão à noção de validade.

No que se refere ao pressuposto da *causa*, por ser ele um elo de conexão lógica entre o conteúdo do ato e o seu motivo, ligado a uma finalidade de interesse público, este pressuposto passa a ter, também, um caráter eminentemente axiológico. Observe-se, neste caso, que as

²²⁷ É a expressão utilizada por Bandeira de Mello sem, no entanto, determinar de forma mais precisa, quais os parâmetros para determinar tal conceito. *Ibidem*.

²²⁸ Por exemplo, se o agente tem competência para remover um funcionário e possui também competência para suspendê-lo, não poderá removê-lo com a finalidade de puni-lo, pois o ato de remoção não tem finalidade punitiva.

²²⁹ Por exemplo, a finalidade de ato que dissolve passeata considerada tumultuosa é a proteção da paz e ordem públicas

teorias publicistas, ao balizarem a noção de causa pela via dos princípios constitucionais, conforme já se viu, sendo ela um pressuposto da validade dos atos, não podem, logicamente, admitir uma concepção principiológica valorativa separada da idéia de validade normativa. A desvinculação da idéia de validade da noção de valoração, tal como o pretende Dworkin ao teorizar que os princípios não incidem em função da validade (categoria jurídica axiológicamente neutra) e sim de valores, resulta, então, inconsistente.

Portanto, o ato administrativo será vigente quando sua forma e sujeito competente corresponderem procedimentalmente com o estatuído em normas superiores; e será válido quando o seu motivo, finalidade e causa forem axiológicamente condizentes com os direitos fundamentais.

Sob esta perspectiva, a noção garantista de validade aproxima-se da concepção a este respeito formulada por Aléxy, posto que, para o jurista alemão, uma norma de direito fundamental somente será válida, caso sua fundamentação seja *jusfundamentalmente correta*. Esta fundamentação, por seu turno, somente se verificará como *jusfundamentalmente correta*, caso esteja fundada em argumentos que partam das normas constitucionais, dos precedentes jurisprudenciais e dos argumentos práticos gerais desenvolvidos na fundamentação *jusfundamental*²³⁰. Nessa medida, a

²³⁰ ALÉXY, Robert. *Op. cit.*, p. 71

fundamentação baseada nos direitos fundamentais pode apresentar um duplo caráter. De um lado, poderá ser direta, quando decorrer, imediatamente, de norma explicitamente estatuída na Constituição sob tal fundamento.

Por outro lado, também poderá ocorrer tal tipo de fundamentação com base nas chamadas normas adstritas, ou seja, aquelas que embora não estejam direta e explicitamente inscritas na Constituição, através de uma argumentação baseada em dispositivos tais como os princípios e as garantias, poderá ser considerada como, também ela, uma norma jusfundamental²³¹.

O desafio que apresenta tal argumentação jusfundamental, é precisamente, o de construir uma fundamentação jurídico-normativa racional de juízos valorativos, sem que isto implique um apelo a valores transcendentais ou metafísicos, ou seja, não se trata de retomar o paradigma jusnaturalista.

Para tanto, a teoria da argumentação a ser desenvolvida para dar sustentação à validade axiológica das normas em geral visa racionalizar as ponderações subjetivas do julgador, o que leva a pressupor um ordenamento ou sistema jurídico aberto. Este não se valerá apenas da sistemática adotada pelo positivismo tradicional que baseia a decisão

²³¹ ALÉXY, Robert. *Ibidem*, p. 71

jurídica na pura adequação da hipótese normativa aos fatos, centrado basicamente no procedimento decisório.

Um sistema jurídico aberto deverá levar em conta além das normas positivadas, os princípios constitucionais implícitos e as normas adstritas de direito fundamental, ou seja, aquelas prescrições nascidas de uma decisão jurídica e que serão fruto de uma argumentação baseada num processo hermenêutico centrado nos valores que se depreendem dos direitos fundamentais positivados. Entende-se aqui, que os parâmetros legitimadores para tais valorações podem ser estruturados sob um enfoque garantista.

6.5 Controle Jurisdicional dos Atos Discricionários e Legitimidade

Com estas novas redefinições conceituais, principalmente de categorias como a da validade, tanto a tarefa de executar ou regulamentar as normas superiores (como na expedição de atos administrativos), quanto a de julgar estes atos, sofrem uma considerável ampliação. Isto, no que respeita à interpretação daquilo que possa estar em consonância com os valores fundamentais ou moral institucional na acepção de Dworkin.

Ocorre que, do ponto de vista do emissor dos atos estatais em

geral, expedi-los não significa necessariamente seguir um ditame ou determinação precisa daquilo que postula a Constituição e suas normas decorrentes. Observe-se como exemplo disto, a utilização cada vez maior dos princípios que, ao serem observados como exigências de otimização, cujo cumprimento pode ser feito em diferentes graus e sob parâmetros valorativos, passam a legitimar, tanto a expedição dos atos estatais, quanto o seu controle jurisdicional.

Tanto a execução da Constituição levada a efeito pelo Legislativo, quanto a emissão de atos regulamentadores da lei, devem ser concebidos levando em conta que a pluralidade de valores e diretrizes políticas é um dado fundamental nos sistemas constitucionais.

A pluralidade ou ductilidade da Constituição, torna possível desenvolvimentos normativos de caráter heterogêneo e inclusive contraditórios entre si, posto que a Constituição não visa impor um projeto político determinado, excluindo todos os demais. Visa, isto sim, fixar as condições (a partir da idéia da centralidade da pessoa frente ao poder político), para a possibilidade de diferentes projetos de vida social no âmbito do Estado Constitucional de Direito²³².

Do ponto de vista do julgamento de tais normas, a esfera de interpretação ou entendimento daquilo que esteja de acordo com as dire-

²³² Zagrebelsky apud PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *Op. cit.*, p. 200.

trizes constitucionais torna-se igualmente ampla.

Conseqüentemente, essa margem de decisão jurídica, que poderá até contrariar o conteúdo normativo²³³, termina por conduzir a autoridade judiciária a um espaço irreduzível de ilegitimidade. Para melhor esclarecer este ponto, concebe-se aqui a legitimidade, como uma adequação a ser observada pelo julgador, tanto da produção normativa quanto da atuação e também sujeição administrativa aos valores inscritos no ordenamento constitucional²³⁴.

Em outros termos, pode-se dizer que o julgador agirá com legitimidade quando *efetivamente* observar, no seu julgamento, os critérios de justiça interna e externa.

Entretanto, conforme assinala Ferrajoli²³⁵, os juízos sobre validade, ao ponderar sobre a conformidade ou desconformidade das normas com os valores expressos em normas superiores, já não são juízos de fato (correspondentes à categoria vigência) e sim juízos de valor e como tais, nem falsos e nem verdadeiros.

Significa, então, que esses juízos tornam-se “opináveis” e isto faz com que a divergência de opiniões possa conduzir a uma aporia teórica ou tensão lógica apoiada, de um lado, na possibilidade de

²³³ Como, por exemplo, no caso de atos administrativos cujos elementos e pressupostos estão em conformidade com a lei e, no entanto, suas providências revelam-se excessivas (desproporcionais) ou mesmo imorais.

²³⁴ Conferir CADEMARTORI, Sergio. *Op. cit.*, p. 175.

²³⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.*, p. 874.

dissociação estrutural entre juízos de vigência e juízos de validade e, de outra parte, na indecidibilidade da verdade nos juízos de validade.

Observa-se, então, que o espaço de atuação do Judiciário, encontra-se inserido num campo de ilegitimidade irreductível por estar instituído como uma espécie de guardião da “opinião correta” num Estado baseado no equilíbrio e respeito entre os poderes. A pesar disto, não chega a comprometer - tal aporia - de forma relevante, o modelo garantista do Estado de Direito.

Essa constatação é plenamente aceitável, na medida em que, o sentido que deverá o órgão judiciário imprimir à norma e que determinará a sua interpretação e conseqüente solução do caso, também apresenta vinculação.

Em termos mais claros, afirma-se que o único sentido que o juiz pode dar à norma é o melhor desde a perspectiva constitucional, vale dizer, o que melhor garanta os direitos fundamentais da pessoa e torne mais efetivas as normas constitucionais ao reduzir o desvio entre estas e a realidade social e jurídica. Note-se que o ordenamento jurídico prevê instrumentos aptos a realizar tais conexões pela via do razoável e proporcional, cuja sistemática de aplicação já foi observada.

Nessa medida, o juiz está vinculado ao Direito e à lei, mas somente na configuração que estes termos assumem na perspectiva

garantista, que é a da proteção e implementação dos direitos fundamentais na sua dimensão mais ampla: formal e substancial, ou seja, da vigência e da validade sendo que ambas precisam estar em conformidade com o ordenamento jurídico.

6.6 A Dimensão do Político no Controle Jurisdicional Garantista da Discricionariedade Administrativa

Quanto ao problema referente à possibilidade de julgamentos políticos por parte do órgão jurisdicional, tal questão deve ser tratada, em primeiro lugar, delimitando um conceito mais claro a respeito deste tipo de atividade. Em segundo lugar, investigando até que ponto ou em que medida o Judiciário, no exercício da sua função institucional, realiza uma atividade política.

Sendo assim, observa-se que, segundo Lefort²³⁶, o conceito do *político* diferencia-se da *política*. Este último vislumbra-se nos jogos do poder, na sua aquisição, manutenção e transmissão, transitando pelas disputas eleitorais, elaboração de programas de ação governamentais e negociação entre os poderes estatais.

²³⁶ Conferir LEFORT, Claude. A Invenção Democrática.

O *político*, por sua vez, diz respeito à instituição de um espaço público no qual se propaga um questionamento constante do Direito, o que faz com que este não se estagne e que novos direitos surjam. Mas, ao mesmo tempo, este espaço organiza-se em instituições distintas na qual se movem atores munidos de diferentes responsabilidades políticas e independência para atuar, porém, todos voltados a um objetivo social comum.

Numa sociedade amparada num Estado Constitucional de Direito, o objetivo básico a ser atingido é a realização dos valores constitucionais nos seus múltiplos desdobramentos axiológicos, mas tendo como parâmetro primacial, a centralidade da pessoa frente ao poder. Ou seja que, em tal modelo, todos os poderes, sejam públicos ou privados, ficam então, funcionalizados aos direitos fundamentais, conforme afirma Ferrajoli²³⁷.

Ora, os operadores do judiciário, como agentes políticos que são²³⁸, não o são na primeira acepção do termo, qual seja, a *da política* e sim na sua segunda significação, a *do político*.

²³⁷ No mesmo artigo, o autor ainda afirma que "A política e o mercado, ou seja, os lugares e as formas das decisões, acabam por se configurar como a esfera do decidível, rigorosamente circunscrita pela esfera do não decidível, representada pelos direitos fundamentais e subtraída tanto à decisão política como à negociação do mercado. FERRAJOLI, Luigi. O Estado Constitucional de Direito hoje: o modelo e a sua discrepância com a realidade". In: *Revista do Ministério Público*, n. 61, 1996, p. 10-11.

²³⁸ Veja-se, a este respeito, a classificação dos agente públicos em MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 71-73, onde o autor cataloga os agentes do judiciário como agentes políticos.

Por essa razão, é que autores como Peña Freire²³⁹ afirmam que a vinculação do juiz com a lei é jurídica e não política, entenda-se, então, este conceito, na primeira acepção aqui descrita. Para o jurista espanhol, a dimensão axiológica do Direito é a mesma que aqui se formulou como a dimensão *do político* no jurídico.

Resulta duplamente jurídica por estar ele absolutamente vinculado à norma e também ao sentido desta no Direito e não à orientação política da maioria governante pois isto afetaria a sua independência e capacidade para apreciar o desvio ou ilegitimidade em que possam incorrer as normas produzidas.

A vinculação jurídica com a norma que autoriza a desvinculação com respeito ao sentido político desta²⁴⁰ não significa que o julgador se limite a substituir o sentido do legislador pelo seu *móvel* pessoal. Significa sim, que ele haverá de interpretar a norma de acordo com a Constituição e seus princípios, implícitos e também explícitos, buscando assegurar, no maior grau possível, a proteção dos direitos afetados.

Saliente-se, com respeito a isso, que a Constituição, entendida como carta política, encontra no Judiciário como poder estatal político, (no sentido lefortiano), o seu principal intérprete.

²³⁹ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *Op. cit.*, p. 260.

²⁴⁰ Aqui a referência diz respeito ao sentido político como o da política, ou seja, ao resultante de disputas políticas no Legislativo ou Executivo que geraram determinada norma.

Portanto, quanto ao espaço ao qual deve se limitar a atuação judicial, deve ficar claro que o submetimento do julgador ao Direito, no Estado Constitucional, apresenta um caráter duplo: ao Direito como tal e ao sentido constitucional do ordenamento que obriga a interpretação do primeiro no sentido mais favorável aos direitos fundamentais dos cidadãos. Esta é a sua única função institucional, sendo que, qualquer outra está, *a priori*, desautorizada e deslegitimada em grau intolerável pelo ordenamento estatal.

6.7 As Funções Judicial e Administrativa segundo o Modelo Garantista

De acordo com o que foi exposto no item anterior, pode-se deduzir que, no contexto de um Estado Constitucional de Direito, a tarefa do julgador, ao controlar a atuação administrativa, não se limitará a um controle técnico da legalidade desta. Ao contrário, estará vinculado a uma integração e correção jurídico-constitucional do ponto de vista substancial desta atividade. Isto ocorrerá, independente desta atuação estar expressa em atos concretos ou normativos, administrativos ou de governo.

Naquilo que diz respeito à posição jurídica da Administração na sua interação com os administrados, esta deverá ser de igualdade entre as partes, eximindo-se os privilégios ou prerrogativas de tratamento diferenciado.

A título de exemplificação desta última afirmativa, sabe-se, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, que um dos atributos que gozam os atos administrativos em geral, é a chamada *presunção de legitimidade*.

Segundo a doutrina tradicional, este atributo é interpretado como um poder que:

(...)autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que argüidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. Enquanto, porém, não sobrevier o pronunciamento de nulidade, os atos administrativos serão tidos como válidos e operantes, quer para a Administração, quer para os particulares sujeitos ou beneficiários de seus efeitos²⁴¹.

Ou então, como uma *"qualidade de se presumirem válidos (...) até prova em contrário, é dizer, enquanto não seja declarada a sua nulidade por autoridade competente (...) É que o Estado tem a seu favor a presunção legal de que a sua atividade é legítima"*.²⁴²

Ou ainda, como *"a qualidade que tem todo e qualquer ato administrativo de ser tido como verdadeiro e conforme o Direito.*

²⁴¹ MEIRELLES, H.L. *Op. cit.*, p. 141.

²⁴² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*, p. 102.

Milita em seu favor, uma presunção juris tantum de legitimidade, decorrente do princípio da legalidade"²⁴³.

Pelo que se vê dessas citações, em todos os casos, o ônus da prova da eventual ilegalidade de um determinado ato que afete alguém, será sempre do seu destinatário. E até que este consiga provar tal vício legal, o ato continuará a produzir os seus efeitos.

Essa interpretação sofre hoje uma total inversão quanto ao significado da sua operatividade. Isto ocorre, especialmente, no que diz respeito ao *ônus probandi*, que pelas citações acima, pertencia ao administrado frente a determinado ato produzido pelo Poder Público.

Pode-se propor agora, uma adequação garantista do ordenamento jurídico pátrio às teses sustentadas por Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernandes a esse respeito.

Esses autores, ao identificar o chamado Direito Sancionador Administrativo com o Direito Processual Penal, modificam a concepção tradicional da presunção de legitimidade dos atos administrativos²⁴⁴.

A partir dessa nova concepção, entende-se que essa presunção não mais implica uma transferência do ônus da prova para o administrado pois esta será um encargo da Administração Pública. O que a presunção de legitimidade transfere é apenas o encargo de acionar

²⁴³ GASPARINI, Diógenes. *Op. cit.* P. 72.

²⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDES, Tomás Ramón. *Op. cit.*, p. 890.

ou impugnar determinada decisão para atacar a presunção de validade de que esta se beneficia. Porém, tal impugnação poderá basear-se, exatamente, na falta de justificativa ou motivação daquele ato administrativo²⁴⁵.

Como corolário dessas digressões, a própria idéia de “ordem pública” que sempre embasou a supremacia do Poder Público frente à coletividade, também passa por transformações. Segundo García de Enterría e Ramón Fernández:

Hoje, esta interpretação da ordem pública está em aberta pugna com os princípios constitucionais, como resulta óbvio; discrepar dos governantes e de seus critérios, longe de contrariar a ordem pública, é um dos seus fundamentos, já que essa atitude está garantida como um direito fundamental, dentro do princípio básico de pluralismo político (...) e a ordem pública se define pelo livre e pacífico exercício dos direitos fundamentais²⁴⁶.

Essa nova forma de entender a interação Administração Pública-administrados, parte da idéia de superação da imagem tradicional e taxativa dos cidadãos agindo em função de interesses privados enquanto que a Administração organiza-se e atua em função do interesse público.

²⁴⁵ A esse respeito, existe jurisprudência a atinente à apreciação judicial, pela corte suprema, dos atos discricionários destituídos de motivação, julgando-se, estes atos, como arbitrários e nulos. S.T.F., em RDA, 74:142 e S.T.F. em RDA, 108:276.

²⁴⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDES. T. R. *Op. cit.*, p. 889. Já, no âmbito da doutrina constitucional brasileira, alguns autores colocam a ênfase, na definição de “ordem pública”, focalizada no seu caráter limitador da autonomia de vontade das partes em domínios nos quais devem prevalecer cogentemente os comandos estatais. BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 44-45.

Tal concepção, apoia-se em dois motivos fundamentais: em primeiro lugar, observa-se de maneira bastante acentuada, a desmistificação da infalibilidade dos poderes públicos. Com respeito a isto, não se faz necessário enumerar os exemplos de ações impetradas com fulcro na responsabilidade administrativa, crime de responsabilidade ou ainda na instauração de comissões parlamentares de inquérito visando apurar denúncias contra a gestão administrativa do Estado.

Em segundo lugar, deve-se observar que revela-se incorreta a idéia já estratificada no imaginário social de que a Administração encarna o interesse geral, enquanto o cidadão titulariza, sempre, um interesse eminentemente privado.²⁴⁷ Cite-se ainda como exemplo disto, a idéia de que o interesse geral prevalece sobre o particular e o particular sempre cede ante o geral.

Com relação a esse tipo de entendimento, que observa nos interesses dos cidadãos - independente de saber se são individuais ou coletivos, difusos ou concretos, particulares ou gerais - um obstáculo ao pleno desenvolvimento da atuação pública, a Constituição consagra direitos fundamentais, portadores de uma ampla interpretação que veda qualquer ingerência na possibilidade de seu pleno exercício.

²⁴⁷ Observe-se, a este respeito, que a Constituição brasileira, ao consagrar *writs* tais como a ação popular (art. 5º, inc. LXXIII), parte do pressuposto de que o cidadão não tem como único interesse, o particular mas também questões de ordem pública, como por exemplo, a moral administrativa, os interesses difusos ou o patrimônio público.

Por essas razões, entende-se que as potestades administrativas não podem, nunca, velar por algum tipo de interesse autônomo, vale dizer, separado daquilo que seja, efetivamente, de interesse social ou mesmo que pressuponha algum tipo de confronto com os direitos fundamentais dos indivíduos.

A esse respeito, Bandeira de Mello²⁴⁸ observa que a situação jurídica subjetiva que é desencadeada na expedição de qualquer ato estatal, configurada na relação Administração Pública-administrado, é essencialmente mista. Isto porque, tal situação jurídica, de um lado, pressupõe um *poder* irrogado ao agente público para a adoção das medidas administrativas necessárias. Mas esta necessidade somente legitima o poder por encontra-se indissolúvelmente ligada a um *dever* o qual estabelece os parâmetros para o exercício dessa potestade.

Dito em outro termos, os poderes administrativos são, ante tudo, *deveres-poderes*²⁴⁹, pois conforme já se afirmou, o caráter “dever” é que legitima qualquer grau de “poder” a ser conferido à Administração Pública. De acordo ainda com as reflexões de Bandeira de Mello, este autor sustenta que o Poder Estatal encontra-se numa situação de plena sujeição ao dever de atingir suas finalidades na seguinte medida: já que

²⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO. Celso Antonio, *In*: palestra apresentada no IX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo.

²⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio, 1996, p. 15-16

não há outro meio para tanto, irroga-se a alguém, um certo poder instrumental, ancilar ao cumprimento do dever, esta prerrogativa, então, nasce como mera decorrência instrumental e impostergável para atingirse as finalidades de interesse público. Portanto, é ele (o dever) quem comanda toda a lógica de atuação da Administração Pública.

Dessa forma, o dever inscrito na lei e a finalidade dela decorrente, se propõem para qualquer agente público, como um ímã ou força inexorável, do ponto de vista jurídico²⁵⁰.

Tais reflexões não se afastam do entendimento garantista a esse respeito, já que, segundo esta teoria, os poderes administrativos caracterizam-se como *potestades-função*, ou seja, devem ser exercidas em função da comunidade e nunca em função de um modelo ideal de Estado, de Poder Executivo ou de aparato administrativo.

É necessário lembrar, também, que a Administração Pública não é nada além do que um conglomerado humano e material, criado e organizado exclusivamente para servir à comunidade²⁵¹.

Nessa perspectiva, o equacionamento ou ponderação entre o individual e o coletivo não será, em caso algum, simplesmente numérica mas dar-se-á atendendo, sobretudo, à relevância dos direitos afetados.

²⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Ibidem*, p. 15-16.

²⁵¹ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *Op. cit.*, p. 295.

Com efeito, muitos desses direitos, quais sejam, os fundamentais, devem prevalecer sobre quaisquer interpretações de cunho utilitarista, hoje apresentados sob a roupagem de *interesse geral* ou *interesse público*, utilizadas inúmeras vezes pela Administração na sua atuação discricionária. Assim sendo, tais direitos passam a ser limitações intransponíveis pelo Poder Público na sua interação com os administrados.

7. CONCLUSÕES

De tudo o que aqui foi exposto, pode-se enumerar as seguintes conclusões:

1 - A elaboração de técnicas de controle da atuação discricionária estatal não é fenômeno decorrente do surgimento do Estado de Direito. Ao contrário, remete-se a períodos históricos anteriores a esse modelo estatal como a Idade Média (com o desenvolvimento da *teoria da Coroa*) e o Estado Absolutista Moderno (com o desenvolvimento da *teoria do fisco*). Desta constatação, decorre a idéia de um Direito Administrativo anterior ao advento do Estado dividido em poderes com funções específicas (legislação, jurisdição e administração). Tal direito arcaico até hoje exerce influência sobre alguns institutos do Direito Administrativo atual.

Como exemplo disso, cita-se os conceitos de *atos de império* e *atos de gestão*, utilizados por autores tais como Hely Lopes Meirelles²⁵² ao classificar os atos administrativos. A diferença entre ambos os atos é a de que os primeiros defluem do Estado como potência soberana,

²⁵² MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.* p. 148-149.

agindo com poderes especiais em nome do interesse público. O segundo tipo de atos verifica-se quando o Poder Público abre mão de suas prerrogativas especiais e interage com o cidadão em igualdade de condições e direitos. Ora, tal diferenciação de atos deriva das antigas concepções, oriundas das teorias da Coroa e do fisco, que dividiram a personalidade jurídica do Estado em duas, conforme se observou no capítulo I, a fim de que certas atividades pudessem ser controladas pelos tribunais. Evidentemente que tal concepção encontra-se defasada posto que o Estado atual possui apenas uma personalidade jurídica de direito público.

2 - O chamado Estado Legislativo ou Liberal, posterior ao modelo estatal absolutista, mesmo tendo estabelecido uma divisão de poderes políticos como forma de eliminar o seu exercício arbitrário, consolidou-se nele um novo poder absoluto centrado na função legiferante. Isto veio a ocorrer através de um poder atribuído ao Legislativo, de elaborar leis sem a observância substancial dos direitos e garantias constitucionais, principalmente os direitos de igualdade, proclamados nas revoluções burguesas que originaram esse novo Estado. O que se observa aqui, é um Estado que continuou a ser detentor de um amplo grau de discricionariedade na sua atuação, desta vez, centrada no Poder Legislativo.

3 - Ao abordar-se o contexto político atual, identifica-se o Estado contemporâneo com o Estado Constitucional de Direito, na aceção e características desenvolvidas pela teoria garantista. Tal modelo estatal é descrito como ente sujeito materialmente a um ordenamento constitucional de cunho axiológico e cuja concepção de democracia apresenta duas facetas fundamentais: a) De um lado, esse modelo democrático, para poder perpetuar-se, precisa obedecer certas regras de clausura quanto ao que possa ser decidido pelos grupos majoritários ou não, advindos do entorno social. Isto porque, sem essas regras limitadoras, a própria idéia de Estado de Direito, como Estado democrático, corre o risco de extinguir-se, caso os direitos fundamentais que o embasam sejam suprimidos por eventuais posicionamentos majoritários ou manipulações do poder. b) De outra parte, a democracia somente se tornará substancial, na medida em que sejam, efetivamente respeitados e implementados, respectivamente, os direitos fundamentais individuais e sociais. Como forma de levar a cabo tais desideratos, a Constituição prevê um conjunto de mecanismos aptos a proteger os direitos individuais e dar concretude aos direitos sociais. Trata-se das garantias constitucionais, as quais se apresentam, no âmbito jurídico-administrativo, como autênticas salvaguardas aos direitos dos cidadãos frente à atuação discricionária do Poder Público.

4 - A propósito da constatação anterior, verifica-se também que, a concepção democrática de Estado, como ente sujeito às decisões dos diversos grupos sociais, é cronologicamente posterior à concepção de Estado limitado nos seus poderes em função de certas garantias básicas. Com isto, conclui-se que existe uma precedência axiológica do Estado de garantias sobre o Estado democrático, embora seja patente a sua dependência recíproca.

5 - Ao tratar dos valores constitucionais que embasam o atual modelo estatal, observa-se sua correspondência qualitativa com os princípios de direito em geral e em especial com os derivados das garantias constitucionais, sejam eles implícitos ou explícitos, tais como os da *razoabilidade, proporcionalidade e moralidade*.

6 - Os princípios constitucionais supracitados, desde meados do século XX são utilizados como instrumentos decisivos de controle jurisdicional sobre a atividade discricionária estatal. Ao analisar tal questão, constata-se que a forma de incidência dos princípios se diferencia substancialmente da forma de incidência das normas comuns. Destaca-se como respeito aos primeiros, sua otimização e acentuada carga axiológica contraposta à rigidez e neutralidade valorativa das normas comuns ou regras.

7 - Como decorrência das análises antes expostas, verifica-se

a necessidade de fixar parâmetros mais nítidos e coerentes no controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Ocorre que, embora exista certo consenso quanto à utilização de princípios de direito público como balizadores da atividade discricionária, a operatividade dessas normas difere substancialmente das normas comuns dentro dos atuais entendimentos sobre vigência e validade normativas. Isto acarreta dois âmbitos contrapostos a serem observados no controle jurisdicional dos atos discricionários. De um lado, a auferição da validade dos atos estatais, operando de forma axiológicamente neutra de acordo com a concepção corrente desta categoria jurídica. Por outro lado, considera-se igualmente relevante, auferir, também, os valores fundamentais que embasam o Estado Constitucional de Direito aos quais todos os atos estatais devem estar sujeitos, sendo que, neste âmbito o controle se opera pela via dos princípios. Ambas as esferas (de validade e de valor) podem ou não estar em consonância na apreciação judicial de determinado ato.

8 - Precisamente disso decorre a necessidade de redimensionar o plano da validade normativa, atribuindo-lhe carga valorativa expressa nos direitos fundamentais constitucionais. Assim, o aspecto estrutural e neutro das normas passa a referir-se ao plano da vigência e seu aspecto substancial, ao plano da validade.

Num sentido mais amplo, pode-se dizer, acompanhando as digressões de Ferrajoli²⁵³, que o Estado Constitucional de Direito não é mais do que essa dupla sujeição do Direito ao Direito. Gerada esta, pela dissociação entre vigência e validade, entre legitimação formal e legitimação substancial. Ou seja, graças a esta dissociação, a legitimidade do direito positivo reporta-se aos valores fundamentais de ordem constitucional. O Direito formal necessita, então, legitimar-se num outro plano do Direito, de cunho axiológico. Esta visão representa, então, a condição prévia de uma democracia substancial.

9 - Com respeito a como deva ser concebida a discricionariedade num enfoque garantista, esta deve ser observada em dois níveis diferentes dentro do ordenamento jurídico.

Num primeiro nível, considera-se a discricionariedade *em abstrato*, a qual não pode deixar de ser plenamente aceita no ordenamento. Isto porque, dentro do sistema normativo, a lei em tese faculta muitas vezes ao agente público, a adoção de medidas em uma ou outra direção, ou de uma ou outra forma, transferindo-lhe a competência para interpretar o sentido da lei que ordena a adoção da providência administrativa mais adequada ao interesse social conforme a situação apresentada. Justifica-se tal âmbito da discricionariedade, em função de

²⁵³ FERRAJOLI, Luigi, 1996. p. 12.

que encontra-se superado o antigo modelo burocrático-administrativo descrito por Weber, no qual o agente público era concebido como simples autômato, executor de regulamentos detalhistas e precisos, caracterizando a função administrativa como simples execução direta da lei. Tal visão, hoje é substituída pelo modelo descentralizado de gestão administrativa, o qual confere às diversas unidades da Administração Pública, uma ampla autonomia no desempenho de funções da sua competência a qual se baseia na possibilidade de adoção de medidas autônomas dentro de parâmetros gerais fixados pela lei²⁵⁴.

Agora, considerando um segundo nível da discricionariedade, ou seja, no seu campo de *aplicação concreta*, entende-se que, implementada a medida, caso seu destinatário alegue lesão a direitos, o ato administrativo será levado à via judicial devendo ser aqui amplamente analisado pelo julgador. Portanto, o juiz não somente pode como deve apreciar - não se confunda com substituição de decisões - na sua inteireza, quaisquer atos oriundos do Poder Público, tendo como parâmetros, as garantias constitucionais e os direitos fundamentais cuja diretriz política estará referida à primazia do administrado frente à Administração. Para efetuar tal controle, deverá o órgão judiciário con-

²⁵⁴ No caso brasileiro, o Decreto-lei nº 200/67 estabeleceu na estrutura administrativa federal o modelo de gestão descentralizada ao estabelecer a divisão entre uma Administração direta controladora e uma administração indireta tutelada sob o aspecto finalístico.

siderar os pressupostos de validade do ato em questão (motivo, finalidade e causa), verificando se foi observada uma relação de adequação axiológico-constitucional, do ato administrativo, com aquilo que, no caso concreto possa ser o razoável, proporcional, moral, de interesse do cidadão e demais exigências principiológicas. Portanto, sob o parâmetro garantista de validade deverão ser observados todos os aspectos substanciais das medidas do Poder Público, discricionárias ou não, em consonância com os direitos fundamentais do ponto de vista axiológico.

10 – Define-se, dentro da atuação jurisdicional, a dimensão do político, apoiada na idéia da centralidade da pessoa frente aos poderes estatais. A moralidade pública, por seu turno, passa a ser concebida como critério de conduta a ser efetuado em total consonância com o conteúdo axiológico dos direitos fundamentais. Com isto, observa-se uma forma logicamente coerente de estabelecer a conexão entre as esferas do político, do moral e do jurídico.

No âmbito político, verifica-se uma adequação entre as características do Estado Constitucional e um modelo democrático com ele condizente, que concretamente estabeleça salvaguardas aos direitos de todos, incluindo-se, portanto, os direitos das minorias, já sejam étnicas, sociais, econômicas, culturais, sexuais ou da índole que for.

No que diz respeito à esfera jurídica, tratando especificamente

do entendimento garantista da validade normativa, esta ao assumir um caráter axiológico ligado aos direitos fundamentais, coaduna-se perfeitamente, em termos de operatividade, com os princípios e as garantias constitucionais cujos valores, por sua vez, preenchem o significado da moralidade administrativa.

11 - Com isto, ficam melhor delimitados os parâmetros jurídico-políticos para um controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, convergentes com as propostas das teorias publicistas mais atuais sobre a implementação de uma autêntica democracia substancial.

12 - No tocante à concepção garantista de como deva ser a atuação da Administração Pública, postula-se que esta deve conservar as suas prerrogativas especiais na seguinte medida: ao agir como instrumento estatal, dentro das suas atribuições, deve preservar e implementar, inclusive de forma impositiva, as garantias de direitos contra eventuais ameaças, oriundas de maiorias ou minorias.

Mas, de outra parte, ao interagir com os administrados, mesmo sob a justificativa genérica de estar velando pelas suas garantias, recairá sempre sobre o Poder Público, em caso de eventual conflito levado à via jurisdicional, o encargo de provar concretamente, as razões da sua atuação, realizando, agora sim, uma autêntica inversão dos princípios

políticos que definem uma relação Estado-sociedade civil, de uma conjuntura *ex parte principis* para outra, *ex parte populi*.

13 - Saliente-se, por derradeiro, que essas reflexões visando afirmar o caráter garantista do Estado de Direito não pretendem ser indiferentes às atuais crises políticas que atualmente assolam o Estado brasileiro. A referência diz respeito, no âmbito normativo brasileiro, às constantes tentativas, principalmente governamentais, de desestabilizar ou mesmo suprimir as mesmas garantias constitucionais que se apresentam como emblemáticas da *Lei Maior*.

14 - Diante desse quadro, típico do contexto brasileiro, entende-se que a melhor maneira de combater tal tendência é, precisamente, realçando a importância das garantias constitucionais que a constituição brasileira consagra, como diretriz primeira a orientar o controle que os operadores do direito devem efetuar sobre toda a atividade estatal.

8. BIBLIOGRAFIA

A CONSTITUIÇÃO NA VISÃO DOS TRIBUNAIS. Tribunal Regional Federal da 1ª Região - Gabinete da Revista, vol. 2., São Paulo: Saraiva. 1997.

AFTALIÓN, Enrique R., OLANO, Fernando Garcia e VILANOVA, José. Introducción al Derecho. Buenos Aires: La Ley. 1964.

ARQUIVOS DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Ano 49, Número 188, 1996.

_____. Ano 47, Número 183, 1994.

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales 1993.

ARENDT, Hannah. A condição humana. Tradução: Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1983.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Rio de Janeiro, 3ª ed. Renovar, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo, Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva. 1994.

BERNARDES DE MELLO, Marcos. **Teoria do Fato Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1999.

BIELSA, Rafael. **Princípios de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: El Ateneo. 1963.

BOBBIO, Norberto. **Estado governo sociedade**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1990.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira Rio de Janeiro: Paz e Terra,. 1986.

_____. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus. 1992.

_____. **O positivismo jurídico**. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone,. 1996.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico** Tradução: Maria Celeste Cordeiro Brasília. UnB,. 1996.

BOBBIO, Norberto *et al.* **Sociedade e Estado na filosofia política moderna.** Tradução: Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1989.

BOBBIO, Norberto *et al.* **Dicionário de política.** Tradutores: Carmen C. Varriale; Gaetano Lo Mônaco; João Ferreira; Luis Guerreiro Pinto e Renzo Dini Brasília. Edunb., 1986.

BOBBIO, Norberto. **O Conceito de Sociedade Civil.** Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Graal, 1982.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed., São Paulo: Malheiros. 1998.

_____. **Teoria do Estado.** 3. ed., São Paulo: Malheiros. 1995.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e legitimidade - uma abordagem garantista.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1999.

CALERA, Nicolás María López. **Filosofía del Derecho.** Granada: Comares. 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador.** Coimbra: Coimbra. 1994.

_____. **Direito Constitucional.** 6. ed., Coimbra: Almedina. 1995.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Estudios de Derecho Público**. Buenos Aires: Depalma. 1995.

CIRNE LIMA, Rui. **Princípios de Direito Administrativo**. 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

CRETELLA JR. José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense. 1993.

_____. **Curso de liberdades públicas**. Rio de Janeiro: Forense. 1986.

CHÂTELET, François *et al.* **História das idéias políticas**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Zahar. 1982.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros. 1992.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed., São Paulo: Malheiros. 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1. vol. 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas. 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas. 1997.

DUTRA, Florivaldo. **Motivação e Controle do Ato Administrativo.**
Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio.** Tradução: Marta
Guastavino Barcelona: Ariel. 1989.

ECO, Umberto. **Como se Faz uma Tese.** Tradução: Gilson César
Cardoso São Paulo: Perspectiva, 1977.

ENTERRÍA, Eduardo García ; FERNÁNDES, Tomás Ramón. **Curso de
Direito Administrativo.** Tradução: Arnaldo Setti. São Paulo:
Revista dos Tribunais. 1991.

ENTERRÍA, Eduardo García. **La lucha contra las inmunidades del
poder en el Derecho Administrativo.** Madrid: Civitas. 1962.

FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder
Judiciário.** São Paulo: Saraiva, 1984.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e globalização econômica.** São
Paulo: Malheiros, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón.** Tradução: Perfecto Ibáñez.
Madrid: Trotta. 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **O Estado Constitucional de Direito hoje: o
modelo e sua discrepância com a realidade.** *In* Revista do
Ministério Público, nº 61, 1996.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Arbitrariedad y discrecionalidad**.
Madrid: Civitas, 1991.

_____. **Juzgar a la administración contribuye también a
administrar mejor**. Madrid: REDA nº 76, 1992.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**.
São Paulo: Atlas, 1996.

_____. **A trivialização dos direitos humanos**. São Paulo: Novos
Estudos CEBRAP, n. 28, 1990.

_____. **A Ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1977.

_____. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Discricionariedade: poder ou dever?** *In*
Curso de Direito Administrativo. Coord. Celso Antônio Bandeira de
Mello. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

GARNER, J. F. **Administrative Law**. London: Butterworths, 1979.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva,
1995.

GRANJEIRO, J. Wilson. **Administração Pública**. Brasília: Vest-Con,
1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GINSBURG, J. **O Romantismo**. São Paulo: Perspectiva, 1978.

GONÇALVES PEREIRA, André. **Erro e ilegalidade do ato administrativo**. Lisboa: Ática. 1962.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia – entre facticidade e validade** (vol. I e II). Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Tradução: Licurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou. 1968.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. In.: Os Pensadores. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza. São Paulo: Abril Cultural. 1974.

HOLT, J. C. **Magna Carta**. Cambridge: University Press. 1991.

JUNGSTED, Luiz Oliveira. **Direito Administrativo - legislação**. Rio de Janeiro, 6. ed., Thex. 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Batista Machado. Coimbra: Armenio Amado. 1979.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 1992.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução: José Lamago. 3. ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1997.

LEFORT, Claude. **As Formas da História**. Tradução: Luis Roberto Salinas Fortes e Marilena Chauí. São Paulo: Brasiliense. 1990.

_____. **A invenção democrática**. Tradução: Isabel Loureiro. São Paulo: Brasiliense. 1982.

_____. **Pensando o político**. Tradução: Eliana M. Souza. São Paulo: Paz e Terra. 1991.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. In.: Os Pensadores. Tradução: Anoar Aiex e Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural. 1973.

LUCAS VERDÚ, Pablo. **Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho**. Madrid: Universidad de Salamanca, 1955.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito - vol 2**. Tradução: Maria da Conceição Côrte Real Rio de Janeiro: Coleção Estudos Alemães, ed. Tempo Universitário, 1985.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Gustavo Bayer. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996.

_____. **O Direito Administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1992.

_____. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.

MEIRELLES, Hely Lópes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros. 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros. 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed., São Paulo: Malheiros. 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos editor, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. IV, Coimbra: Coimbra. 1988.

_____. **Estudos sobre a Constituição**. Lisboa: Petrony, vol. I, 1977.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat Baron de la Brède e de. **Do espírito das leis.** *In.*: Os Pensadores. Tradução: Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural. 1973.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade.** 3. ed., Rio de Janeiro: Forense. 1998.

MORÓN, Miguel Sánchez. **Discrecionalidad administrativa y control judicial.** Madrid: Tecnos. 1995.

PAREJO, Luciano. **Administrar y juzgar: dos funciones distintas y complementarias.** Madrid: Tecnos. 1993.

PAREJO, Luciano ; MORÓN, Sánchez. **Crisis y renovación en el Derecho Público.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1991.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica – idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito.** 3º ed. Florianópolis: OAB. 1999.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho.** Madrid: Trotta. 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil - vol. I.** Rio de Janeiro: Forense, 19º ed. 1999.

RECASÉNS SICHES, Luís. **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**. México: Fondo de Cultura Económica. 1956.

REVISTA DA ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL. N.49, São Paulo: A.L.S.S. 1996.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Unisinos. 1998.

ROUSSEAU, Jean Jaques. **Do contrato social**. *In.*: Os Pensadores. Tradução: Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural. 1973.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Tradução: Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina. 1981.

SCHMITT, Carl. **La Dictadura**. Tradução: José Dias García. Madrid: Revista de Occidente, 1968.

_____. **Teoría de la Constitución**. Tradução: Francisco Ayala. México: Editora Nacional, 1981.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Tradução: José Maria Beneyeto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

STRECK, Lênio. **Súmulas no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

URUGUAI, Visconde de. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Brasília: Série Arquivos do Ministério da Justiça, 1997.

VANOSI, Jorge Reinaldo. **El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social**. Buenos Aires: Editorial Universitária, 1982.

VILANOVA, Lourival. **Lógica Jurídica**. São Paulo: José Bushatsky editor, 1976.

_____. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

VON WRIGHT, G. Henrik. **Norma y acción - una investigación lógica**. Tradução: Pedro García Ferrero Madrid: Tecnos, 1979.

WEBER, Max. **Economía y sociedad**. Tradução: José Medina Echavarría; Juan Parella; Eugenio Imaz; Eduardo García Maínez e José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica, 1992.

WEIL, Prosper. **O Direito Administrativo**. Tradução: Maria da Gloria Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina. 1977.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1993.

ZANOBINI, Guido. **Curso de Derecho Administrativo**. Vol. I. Tradução: Héctor Masnatta. Buenos Aires: Arayú. 1954.