

INTRODUÇÃO

Colocar em discussão o poder da Administração Pública no Estado de Direito tornou-se imprescindível e para tanto pensar a limitação deste poder frente ao Direito é tarefa dos que se preocupam com a busca de um novo paradigma em todos os setores da sociedade.

Frente às frenéticas modificações vividas nessa passagem de século, indispensável se torna a discussão dos direitos fundamentais no sistema jurídico e a sua possível colisão no caso concreto.

Assim, o grande enfoque da presente dissertação é a Teoria do Direito que é o estudo do compromisso assumido constitucionalmente e sobre a maneira como se interpreta e se executa tal compromisso, para conseguir encontrar respostas a um limite da Administração Pública.

Por isto, a necessidade do estudo dos autores positivistas clássicos: para se entender a origem do pensamento pós-positivista que consegue dar respostas ao mundo moderno.

Da mesma forma, as novas Teorias do Direito trazem uma re-legitimação do Estado mostrando que este só é legítimo se não prejudicar ou ameaçar os

direitos fundamentais dos cidadãos e se implementar os direitos sociais, ou seja, se garantir um Estado de Direito.

Desta feita, fundamenta e legitima um controle jurisdicional da Administração Pública pelo Poder Judiciário, pois este se torna o guardião do Estado de Direito, uma vez que não é o administrador, nem o legislador, mas sim, a Constituição que vai delimitar a realização dos atos do poder público, respeitando os princípios que dela derivam, e por isto se torna possível o controle por via do Poder Judiciário da Administração Pública.

Através de algumas teorias jurídicas que permeiam a Academia e que trazem diferentes maneiras de agir para os juristas, tenta-se trazer caminhos para a resolução de conflitos na prestação jurisdicional, sem contudo ter-se a pretensão de esgotar o assunto, até porque este é bastante rico para inúmeras discussões.

Assim, tomando como base teóricos como Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli e Robert Alexy demonstrar-se-á que não existem instâncias incontroláveis dentro de um Estado constitucional de Direito, ou seja, este Estado é controlado pelo próprio Direito. É quando apontar-se-á para o fato de que não é o legislador, nem o administrador que diz a última palavra, mas sim, o Direito, interpretado pelo Poder Judiciário, sendo que, este também está submetido a Constituição.

Neste sentido, em um primeiro momento, tem-se uma visão geral do Positivismo Jurídico fundamentado nas teorias de Hans Kelsen, Norberto Bobbio e Herbert Hart, com o objetivo de demonstrar a importância das descrições por

eles apresentadas para então justificar as críticas desenvolvidas por Ronald Dworkin, Luigi Ferrajoli e Robert Alexy.

É então, neste segundo momento, que se faz uma análise destes autores pós-positivistas: Ronald Dworkin com a sua teoria que pretende a inserção de princípios no Direito e a solidificação da relação entre Direito e Moral; Luigi Ferrajoli com sua Teoria Geral do Garantismo que demonstra o Estado de Direito como uma estrutura limitada de poder, explicando a diferença entre governo *per lege e sub lege* e o atual Estado de Direito Constitucional; e ainda, Robert Alexy com sua teoria dos Direitos Fundamentais na qual demonstra a resposta a uma colisão dos direitos fundamentais.

Esta análise vem embasar a discussão sobre a Administração Pública no Estado de Direito, trazendo-se neste momento, a tese exposta por administrativistas espanhóis sobre a diferenciação entre conceitos jurídicos indeterminados e faculdades jurídicas discricionárias, para após fazer uma proposta de controle da Administração Pública no Estado de Direito.

No primeiro capítulo da presente dissertação, desenvolver-se-á uma análise sucinta da origem do Positivismo Jurídico para então passar a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, com seu conceito de norma fundamental e estrutura piramidal do Direito. Logo após, se demonstra a Teoria Geral do Direito de Norberto Bobbio, filósofo analítico, e a Teoria Geral do Direito de Herbert Hart, que o próprio autor classifica de uma teoria descritiva.

O segundo capítulo será dedicado as teorias pós-positivistas que fazem uma crítica lacerante ao positivismo dos autores supra-citados. Em primeiro lugar, será abordada a Teoria do Direito elaborada por Ronald Dworkin no livro “Los

Derechos en Sério”, na qual traz-se uma análise dos princípios e sua aplicação jurisdicional.

Em seguida, se analisa a Teoria Geral do Garantismo, proposta por Luigi Ferrajoli, com suas acepções jurídicas e categorias, além do conceito de validade e de legitimidade substancial, a qual demonstra o Estado de Direito como estrutura limitada de poder.

Finalmente, a terceira teoria abordada é a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy que a partir do conceito de direito como um sistema aberto de normas e princípios elabora uma teoria que consegue dar conta das colisões que ocorrem na prática jurídica no que se refere aos direitos fundamentais.

O terceiro capítulo estudar-se-á a possibilidade de um controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário para fortalecer os direitos fundamentais no Estado de Direito. Em um primeiro momento, faz-se uma análise introdutória da Administração Pública no Estado de Direito. Em seguida, expõe-se os conceitos jurídicos indeterminados e as faculdades discricionárias tratadas por Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández demonstrando como o controle jurisdicional é admitido por estes autores. A partir das perspectivas teóricas abordadas no segundo capítulo finaliza-se o terceiro capítulo demonstrando-se a possibilidade do controle da Administração Pública através da prestação jurisdicional.

A técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica, desenvolvida através do método monográfico de procedimento, enquanto a abordagem é a dedutiva.

CAPÍTULO 1

AS TEORIAS DO DIREITO ELABORADAS NO POSITIVISMO JURÍDICO

1. 1 Análise Introdutória

A grande preocupação dos pensadores da Teoria do Direito contemporâneos é a elaboração de uma teoria que aborde o Direito como um “sistema aberto de regras e princípios”¹, como um “sistema de normas, diretrizes e princípios”², ou ainda, como um “sistema de garantias”³ e a par desta análise tratar o Estado de Direito como estrutura limitada de poder. Ou seja, o grande marco do estudo elaborado contemporaneamente na Teoria do Direito sobre o Direito é mostrá-lo como um sistema que engloba princípios, e sobre o Estado de Direito⁴ é demonstrá-lo como uma estrutura sujeita a limitações e controles.

¹ CANOTILHO, J J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed., Coimbra : Almedina, 2000, p. 527

² DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Trad.: Marta Guastavino, 2º ed., Barcelona : Ariel Derecho, 1989, p.

³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid : Trotta, 1995

⁴ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. Livraria do Advogado : Porto Alegre, 1999. p. 11

Para conseguir fazer tais análises necessário se faz recordar as teorias do positivismo jurídico clássico e o porquê da sua importância no Direito, para então passar a um estudo dos autores pós-positivistas e assim elucidar suas contribuições ao Direito contemporâneo.

Desta forma, é importante analisar o positivismo jurídico, pois esta doutrina foi precursora de todas as demais que tentam dar respostas ao Direito hoje.

1.2 A origem do positivismo jurídico

Norberto Bobbio⁵ afirma que a expressão positivismo jurídico deriva da palavra direito positivo contraposta àquela de direito natural, ou seja, demonstra uma antítese entre direito natural e positivo demonstrando algumas distinções principais entre ambos, quais sejam, que o primeiro é universal, vale em toda parte, enquanto o segundo é particular; o primeiro é imutável, enquanto o segundo muda; o primeiro tem como fonte a natureza e o segundo a vontade do legislador; o primeiro regula comportamentos bons ou maus por si mesmos, enquanto o direito positivo regula comportamentos, mas é indiferente quanto ao seu valor.

O autor supracitado esclarece que o direito foi definido até o final do século XVIII individualizando-se estas duas espécies de direito (natural e positivo) sendo que ambas as concepções eram aceitas, variando somente em relação à utilização destas em determinadas épocas, ou seja, na época clássica o direito positivo

⁵ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad.: Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos Rodrigues, São Paulo : Ícone, 1995, p. 15

prevalecia sobre o natural e na Idade Média o direito natural prevalecia sobre o positivo.⁶

O positivismo jurídico nasce quando o direito natural e o positivo não são mais considerados direito no mesmo sentido, ocorrendo uma redução do direito natural, a tal ponto que este chega a ser excluído da categoria do direito. O conceito de positivismo jurídico é “a doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo.”⁷

A concepção do positivismo jurídico está muito ligada à formação do Estado Moderno, isto porque, na Idade Média, havia uma sociedade descentralizada na qual cada um detinha, Igreja e senhores feudais, o seu próprio ordenamento jurídico e sua justiça.

Mario Curtis Giordani ensina

Não encontramos, assim, um direito comum a todos, mas diferentes sistemas jurídicos. ‘Cada um desses sistemas contém suas regras particulares concernentes aos mesmos fatos; regra diferentes para o casamento ou ainda para os servos, no direito senhorial e no direito canônico; [...] Não existe, pois, para um mesmo fenômeno jurídico, uma única regra aplicando-se a todos.’ Compreendem-se, assim, os inevitáveis conflitos que essa diversidade jurídica ocasionaria. As normas jurídicas se relacionavam intimamente com o papel desempenhado por determinadas parcelas da sociedade medieval.⁸

Assim, o pluralismo jurídico existente fazia haver uma progressiva condensação dos vários direitos, além de uma descentralização da justiça que tornava os senhores feudais investidos de jurisdição.

⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad.: Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos Rodrigues, São Paulo : Ícone, 1995, p. 25

⁷ BOBBIO, *op. cit.* p. 26

⁸ GIORDANI, Mario Curtis. **História do Mundo Feudal II/1**: civilização, Petrópolis : Vozes, 1982, p. 233.

Antonio Carlos Wolkmer elucida

Na Idade Média, a descentralização territorial e a multiplicidade de centros de poder configuraram em cada espaço social um amplo espectro de manifestações normativas concorrentes, composto de costumes locais, foros municipais, estatutos das corporações de ofício, ditames reais, Direito Canônico e Direito Romano. Certamente foi com a decadência do Império Romano no Ocidente e com a fixação política dos governos nórdicos na Europa, que se solidificou a idéia de que a cada indivíduo seria aplicado o Direito de seu povo e de sua comunidade local. Com a chamada “personalidade das leis”, estabeleceu-se que a representação das diferentes ordens sociais corresponderia a uma natural pluralidade jurídica.⁹

Também há de se observar como era notável o papel desempenhado pelos papas no que concerne à elaboração de leis para toda a Igreja, pois só a autoridade do papa era suficientemente grande para promover, desenvolver e impor aos recalcitrantes, reis, bispos, senhores feudais e outros, através de cânones, regras jurídico-sagradas que determinavam de que modo deveriam ser interpretados e resolvidos os litígios¹⁰.

Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade passa a se estruturar no Estado, ou seja, este concentra em si todos os poderes, primordialmente aquele de criar o direito.¹¹ Neste sentido, inicia-se o chamado “*processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado*”.¹²

Neste processo, o Estado, ao mesmo tempo que tem o monopólio da produção jurídica, tem o monopólio da força, como esclarece Max Weber

⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico** : Fundamentos de uma nova cultura no Direito, 3º ed., São Paulo : ALFA OMEGA, 2001, p. 184

¹⁰ GIORDANI, *op. cit* p. 243

¹¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad.: Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos Rodrigues, São Paulo : Ícone, 1995, p.26

¹² BOBBIO, *op.cit.* p.27

Devemos conceber o Estado contemporâneo como uma comunidade humana, que dentro dos limites de determinado território – a noção de território corresponde a um dos elementos essenciais do Estado – reivindica o *monopólio do uso legítimo da violência física*.¹³

É importante salientar que o positivismo jurídico surgiu com o Estado Moderno e teve como fato histórico principal as grandes codificações das leis ocorridas entre os séculos XVIII e XIX que representaram a solidificação do princípio da “onipotência do legislador”.¹⁴

Em relação ao movimento de codificação, cabe salientar que foram várias as polêmicas sobre a sua necessidade e importância. Na Alemanha, a polêmica deu-se entre Thibaut e Savigny¹⁵, sendo o primeiro um defensor da codificação pois

diante da desoladora situação do direito alemão, [...]a necessidade de uma legislação geral, isto é, de uma codificação propriamente dita, e enuncia as vantagens desta, seja para os juizes, seja para os estudiosos do direito, seja para os simples cidadãos; a codificação, por outro lado, traria também algumas vantagens políticas, visto que daria um impulso decisivo à unificação da Alemanha.¹⁶

Enquanto que Savigny, um dos representantes da Escola Histórica do Direito¹⁷, afirmava que a Alemanha da sua época não se encontrava em condições de estabelecer uma codificação do direito, e quando se encontrasse não seria

¹³ WEBER, Max. **Ciência e Política: Duas Vocações**. Trad.: Leonidas Hegenberg e Octany da Mota, São Paulo : Cultrix, 1993, p. 56

¹⁴ BOBBIO, *op.cit.* p 54.

¹⁵ BOBBIO, *op.cit.*, p. 58

¹⁶ BOBBIO, *op.cit.* p 58

¹⁷ BOBBIO, *op cit.* p. 61

possível a codificação, mas sim um direito científico que desse conta da realidade social alemã.

Já na França a codificação ocorreu com o Código de Napoleão em 1804 que teve uma grande influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno. Com o surgimento desta codificação, acabou por surgir a Escola da Exegese na França que postulou uma interpretação mecânica e passiva do Código.¹⁸

A codificação representou, assim, um movimento histórico e irreversível, que está intimamente ligado à formação do Estado Moderno. Se porém a idéia de codificação foi relevante na França, quem realizou uma teoria da codificação foi o utilitarista inglês Jeremy Bentham, apesar de no seu país não existir a codificação.¹⁹

O autor inglês critica o chamado direito judiciário (*commow law*) que se embasa nos precedentes, afirmando que este gera uma incerteza no direito, não ocorrendo a segurança jurídica e leva a uma aplicação retroativa da norma, pois é o magistrado que a cria após o comportamento do sujeito. E ainda, que não é fundado no princípio da utilidade, ou seja, com a legislação é possível, de forma geral e sempre, ser aplicado o princípio da utilidade, o que não ocorre com o direito judiciário, que pode ou não aplicar caso a caso.²⁰ Assim, o autor formula como se deve proceder a redação de um Código e a sua importância.

Do movimento de codificação começam a despontar as teorias do positivismo jurídico. O autor que apresenta as primeiras idéias do positivismo

¹⁸ BOBBIO, *op cit* p. 80

¹⁹ BOBBIO, *op cit* p. 96

²⁰ BOBBIO, *op cit* p. 98.

jurídico é John Austin, isto porque, ele representa a união entre as escolas histórica alemã e o utilitarismo inglês que concorreram para fazer surgir o positivismo jurídico.

Para definir o direito positivo, John Austin define a lei como um comando geral e abstrato que contém uma expressão de comando, que se não, realizado impõe uma sanção, porém para este autor, as ordens coercitivas do soberano não atingem a este. E salienta as prerrogativas de uma codificação demonstrando as instabilidades do direito judiciário, como demonstra Norberto Bobbio:

Detendo-se agora nas objeções formuladas por Austin, podemos expô-las [...]:

a) o direito judiciário é *menos acessível ao conhecimento* do que o legislativo; b) o direito judiciário é *produzido com menor ponderação* do que o legislativo, porque o primeiro é emitido no apressado despacho dos assuntos judiciários, enquanto o segundo é (ou pode ser) formulado depois de madura deliberação; c) o direito judiciário é freqüentemente emitido *ex post facto*; d) o direito judiciário é mais *vago e incoerente* do que o direito legislativo; e) uma quinta objeção, particularmente interessante, diz respeito à dificuldade de *certificar a validade das normas de direito judiciário*. Para o direito legislativo, segundo Austin, o problema não apresenta dificuldade, visto que vigora o critério segundo o qual é válida a norma emanada pelo órgão legislativo.²¹

O interessante de John Austin é que ele entende que o Código não deve ser uma coleta de leis existentes, mas sim ter uma reformulação do direito vigente, apesar de deixar claro, que a inovação deve se referir a forma e não ao conteúdo, assim, a codificação é um instrumento técnico-jurídico.

Após um breve histórico da origem do positivismo jurídico cabe salientar suas principais características, quais sejam:

O direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou e dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural; o jurista portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor. [...] define o direito em função do elemento de coação, de onde deriva a *teoria da coatividade do direito*; [...] o positivismo sustenta a teoria da coerência e da completude do ordenamento jurídico; [...] da coerência exclui que em um mesmo ordenamento exista

²¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad.: Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos Rodrigues, São Paulo : Ícone, 1995, p. 115

simultaneamente duas normas antinômicas (contraditórias ou contrárias); [...] da completude, o positivismo exclui decididamente a existência de lacunas no direito; [...] o positivismo jurídico sustenta a teoria da *interpretação mecanicista*, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito.²²

Desta forma, o positivismo jurídico inicia-se e “alcança o ponto mais alto com o normativismo de Kelsen”.²³

Hans Kelsen é um divisor de águas na teoria do direito no século XX, de uma ponta, o seu formalismo, de outra, uma corrente realista e renovadora, que no dizer de Paulo Bonavides²⁴, desenvolveram a chamada teoria material da Constituição.

A importância de Hans Kelsen para a teoria do direito faz ser necessário a sua análise, o que se fará nas próximas linhas deste dissertação.

1.3 A Teoria Pura de Hans Kelsen – o ícone do positivismo jurídico

²²BOBBIO, *op. cit.* pp 132/133

²³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 148

²⁴ BONAVIDES, *op. cit.* p. 148

A ascendência kelseniana dos autores pós-positivistas faz ser importante retomar o pensamento esboçado por Hans Kelsen na sua Teoria Pura do Direito²⁵, e também dos demais teóricos da Teoria do Direito para demonstrar a base das Teoria do Direito contemporâneas.

O ícone do positivismo jurídico pretendeu com a sua Teoria Pura do Direito purificar a teoria jurídica de toda a ideologia política e de todos os elementos de uma ciência natural.

Explica o pensador que a Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito Positivo geral, sendo que não interpreta normas jurídicas particulares, mas fornece sim, uma teoria da interpretação.

Desta forma, como teoria, quer conhecer o seu próprio objeto, que é o Direito, enquanto que, como “Pura”, significa que quer excluir deste conhecimento tudo quanto não seja elemento do seu objeto, ou seja, tudo quanto não se possa determinar como Direito, sendo este seu método fundamental.

Quando designa a si própria como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como direito. Isto quer dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental.²⁶

Com o objetivo de elaborar uma ciência jurídica tão sólida e que tivesse um bom fundamento de validade, Hans Kelsen faz a distinção entre dois

²⁵KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad.: João Baptista Machado, 3º ed., São Paulo : Martins Fontes, 1991

²⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad.: João Baptista Machado, 3º ed., São Paulo : Martins Fontes, 1991 p. 01

sistemas, o estático e o dinâmico, que na explicação de Norberto Bobbio significa respectivamente:

Sistema estático é aquele no qual as normas estão relacionadas umas às outras como as proposições de um sistema dedutivo, ou seja, pelo fato de que derivam umas das outras partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral, que têm a mesma função dos postulados ou axiomas num sistema científico. [...] Pode-se dizer em outras palavras, que num sistema desse gênero as normas estão relacionadas entre si no que se refere ao seu conteúdo.

Sistema dinâmico, por outro lado, é aquele no qual as normas que o compõem derivam uma das outras através de sucessivas delegações de poder, isto é, não através do seu conteúdo, mas através da autoridade que as colocou; uma autoridade inferior deriva de uma autoridade superior, até que chega à autoridade suprema que não tem nenhuma outra acima de si.²⁷

Para Kelsen, no dizer de Francisco Jose Rodrigues de Oliveira, “o sistema normativo é do tipo deste último, ou seja, dinâmico, onde o *ordenamento jurídico é um ordenamento no qual o enquadramento das normas é julgado com base num critério meramente formal, isto é, independentemente de conteúdo.*”²⁸ (grifo do autor)

Ensina Paulo Bonavides sobre o positivismo jurídico-estatal na

Constituição:

A Constituição do positivismo jurídico estatal é nomeadamente formalista e fechada, composta de preceitos normativos que fazem coincidir por inteiro o sentido formal com o sentido material da Constituição, fruto da confiança otimista dos positivistas. [...] A aplicação do direito é operação lógica, ato de subsunção, e não ato de criador ou sequer aperfeiçoador.²⁹

²⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad.: Maria Celeste Leite dos Santos. 5 ed. Brasília : Editora de Brasília, 1994, pp. 71 e72

²⁸ OLIVEIRA, Francisco Jose Rodrigues. **Atividade Jurisdicional sob o enfoque garantista**. Curitiba : Juruá, 2002, p. 36

²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 149

Na teoria kelseniana, uma norma jurídica não vale porque determinado conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do conteúdo de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada. Por isso que a norma vai pertencer à ordem jurídica, porque está em conformidade com a norma fundamental. Na realidade, não importa o conteúdo da norma.

Esta norma, a norma fundamental, é o ponto de partida de um processo, o processo de criação do Direito Positivo. Ela própria não é uma norma posta, mas sim, uma norma pressuposta, na medida, em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade.³⁰

Conforme esta teoria, tem-se a idéia da validade formal da norma, ou seja, a norma será válida se posta por uma autoridade competente e não contrariar uma norma superior, não importando seu conteúdo.

Importante ressaltar que para Hans Kelsen validade e vigência se confundem, sendo que, a vigência (validade) é a existência específica de uma norma. Assim, uma norma é válida, como já foi visto, quando é posta por um órgão competente e tem sua validade arrimada em uma norma superior, enquanto que a eficácia é quando uma norma é efetivamente aplicada e respeitada.

Assim, dizer que uma norma é vigente (válida) traduz algo diferente do que quando se afirma que ela é eficaz, apesar de existir uma conexão entre validade e eficácia, tanto que, para o jus-filósofo, para uma norma ser válida, ela tem que ter um mínimo de eficácia, sendo esta, uma condição de sua vigência.

³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad.: João Baptista Machado, 3º ed., São Paulo : Martins Fontes, 1991, p. 221

Assim sendo, uma norma nunca será falsa ou verdadeira, mas tão-somente, válida ou inválida.

É em virtude desta afirmação que algumas críticas foram colocadas em relação à norma fundamental kelseniana, ou seja, o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico era além de pressuposto, considerado hipotético, sendo que, uma hipótese sempre pode ser falsa ou verdadeira.

Willis Santiago Guerra Filho elucidou a questão:

O conceito de ‘norma fundamental’, como se sabe, origina-se da doutrina kelseniana, tendo a ele sido atribuído, pelo próprio Kelsen e outros, os mais diversos sentidos e funções. (...) Parece ter sido isso que o levou a Kelsen a não abdicar dele definitivamente, mudando diversas vezes de opinião sobre sua natureza e considerando a **Grundnorm**, por fim, não mais como hipotética, e sim como norma ficta (**fingierte Norm**), desprovida de positividade, por pressuposta no pensamento, mas não como uma verdadeira hipótese – que poderia ser verdadeira ou falsa, como toda hipótese, quando normas jurídicas são válidas ou inválidas, jamais verdadeiras ou falsas – e sim como uma ficção”.³¹ (grifo do autor)

Porém, sobre esta mesma teoria que tanto foi rebatida e criticada em virtude do tecnicismo e da redução das normas à sua validade formal, na qual muitos entenderam não dar liberdade aos órgãos julgadores de uma análise do conteúdo, é possível também, fazer uma análise da teoria kelseniana acerca da interpretação, na qual o jurista vienense oferece uma outra perspectiva.

³¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.) **Direito Constitucional** : estudos em homenagem a Paulo Bonavides, São Paulo : Malheiros, 2001, p. 273

Isso porque Kelsen, ao analisar a interpretação, faz uma distinção entre a interpretação realizada por um órgão judicial (certa ou errada) e uma interpretação elaborada pela Ciência Jurídica.

Ele explica que quando o direito é aplicado por um órgão jurídico, este precisa fixar o sentido das normas que vai aplicar, tendo que interpretar esta norma dentro de uma moldura, assim, a interpretação é uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu conduzir-se de um escalão superior para um inferior. Desta forma, todo ato jurídico em que o Direito é aplicado é, em parte, determinado pelo direito, e em parte, indeterminado³².

Nos casos de indeterminação oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica: o Direito a aplicar forma uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, e estará em conformidade com o Direito, todo ato que se mantiver dentro deste quadro ou moldura. Dizer então que uma sentença é fundada na lei significa tão-somente que ela está contida na moldura ou no quadro que a lei representa.

Hans Kelsen exprime:

na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação **cognoscitiva** (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um **ato de vontade** em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.³³ (grifo do autor)

Neste sentido, a aplicação de uma norma pelo órgão judicial é um ato de vontade.

³² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad.: João Baptista Machado, 3º ed., São Paulo : Martins Fontes, 1991, p. 364

³³ KELSEN, *op.cit.* 369

Através deste ato de vontade distingue-se a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente a interpretação levada a cabo pela ciência jurídica.

A distinção da interpretação do órgão aplicador do direito e da ciência jurídica é fundamental na teoria kelseniana.

E assim ele ensina: “a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica, ela cria Direito”³⁴, isto porque, ela vincula os demais aplicadores do direito.

Importante ressaltar que pela interpretação cognoscitiva, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas por esta forma de interpretação da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.

De outra ponta, a interpretação do Direito feita pela Ciência Jurídica, afirma o mesmo autor, é uma interpretação não-autêntica, ela é pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas. Ela não é criação jurídica e por isso, não vincula os juristas.³⁵

Assim, a interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito.

³⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad.: João Baptista Machado, 3º ed., São Paulo : Martins Fontes, 1991, p. *op. cit.* p. 369

³⁵ KELSEN, *op. cit.* p. 370

Quando se procura interpretar e achar uma só resposta, isso não é proibido, porém não se está fazendo ciência jurídica.

Desta forma, uma interpretação estritamente científica de uma lei tem que revelar todas as significações possíveis para mostrar ao legislador quão longe está a sua obra de satisfazer à exigência técnico-jurídica, ou seja, de reduzir as significações possíveis de uma norma ao mínimo para se obter assim o maior grau possível de segurança jurídica.

É inegável a importância da Teoria Pura do Direito para a Teoria do Direito sendo este ícone a base para o pensamento do Direito Positivo atual. Importante enfatizar, ainda, a outra grande contribuição que a Teoria Pura trouxe ao Direito que foi a estrutura piramidal elaborada sobre a hierarquia das fontes.

Porém não é possível dissertar sobre Hans Kelsen sem esboçar as inúmeras críticas que sua Teoria Pura recebeu, até porque, grandes autores surgiram por justamente criticar o seu pensamento.

Paulo Bonavides relata essas críticas:

Na teoria constitucional contemporânea o formalismo chega às suas últimas conseqüências com Kelsen e os juristas da Escola de Viena. O que era a afirmação do Direito em toda a plenitude se pode converter em sua negação absoluta. (...) O positivismo, diz Hsü Dau-Lin, acreditava poder e dever coerentemente deduzir o conteúdo da Constituição material do conteúdo formal, Tudo isso alcança seu ponto extremo com Kelsen e a teoria pura do Direito. O formalismo normológico de Kelsen consiste numa fuga à realidade, como diz o neokantiano Erich Kaufmann, fuga para ver-se livre da acabrunhante e esmagadora variedade infinita que se acha contida na realidade.

Não menos contundente a crítica que a esse formalismo faz Hermann Heller. Diz ele haver em Kelsen uma 'teoria do Estado sem Estado' e uma 'teoria do Direito sem Direito'. Acrescenta que a pretensa emancipação do Direito em relação à realidade política, resultou não

só em despolitizar o Estado senão em desestatizá-lo; resultou não em fazê-lo livre de valores, senão em ‘desvalorizá-lo’.³⁶

Chaim Perelman também aponta algumas críticas:

separa de modo demasiado rígido o direito do fato, faz concessões excessivas ao arbítrio do juiz dentro do âmbito da lei, despreza o papel essencial da regra de justiça formal, que requer o tratamento igual para situações essencialmente semelhantes e recusa toda referência a um juízo de valor, como se a justiça e a equidade fossem noções alheias ao direito.³⁷

Apesar de todas as críticas, a importância da teoria kelseniana para o direito é inegável, haja vista, que a elaboração de outras teorias positivistas, como a de Norberto Bobbio, tiveram como ponto de partida a teoria de Kelsen.

1.4 O positivismo de Norberto Bobbio – o filósofo analítico

O pensamento de Norberto Bobbio também influenciou muito o pensamento de Luigi Ferrajoli e dos demais autores pós-positivistas.

Esta influência, em relação a Ferrajoli, chegou ao ponto de ser colocada por Perfecto Andrés Ibáñez que sua raiz é bobbiniana como já foi salientado anteriormente.

Explica Ibáñez:

E Ferrajoli é, também, um filósofo analítico do direito, porém distante da tradição formalista de certa escolástica da análise; como o

³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 150

³⁷ PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica: nova retórica**. Trad.: Verginia K. Pupi. São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 94

demonstra sua renúncia à ilusão de uma teoria pura ou formal do direito, não valorativa ou simplesmente descritiva. O autor acreditou possível e levou à prática uma teorização rigorosa do ordenamento jurídico atual com todos os seus riscos caracterizadores, inclusive a diferenciação dos planos normativos e a consistente dimensão valorativa de maior categoria.³⁸ (tradução da autora)

Nos seus escritos compilados em **Contribución a la teoría del derecho**³⁹, Norberto Bobbio trata do problema das relações entre Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito, propondo-se a desenvolver um estudo onde Filosofia do Direito trate de filosofia e a Teoria Geral do Direito da teoria. Assim, para desenvolver este estudo tenta demonstrar que a teoria geral é uma disciplina formal, porém sem que deixe de ser um estudo científico, explicando que a Teoria Geral pertence à ciência e não à filosofia.

Para ele, a experiência jurídica se apresenta como um conjunto de regras de comportamento.

A função do jurista é determinar o conceito concreto dos comportamentos típicos e distingui-los uns dos outros, reagrupá-los, classificá-los, e reuni-los em um sistema.⁴⁰

Assim, a forma e o conteúdo de um ordenamento, regra e regulação, norma e comportamento, dão origem, cada um, a um tipo de estudo característico, de sorte que a teoria geral como estudo dos elementos estruturais

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías**. Trad: Andres Ibañez y Andrea Greppi. Madrid : Trotta, 1999, p. 10 “Y Ferrajoli es, también, un filósofo analítico del derecho, pero ajeno a la tradición formalista de cierta escolástica del análisis; como lo demuestra su renuncia al espejismo de una teoría *pura* o *formal* del derecho, no valorativa o simplemente descriptiva. El autor há creído posible y llevado a la práctica una teorización rigurosa del orden jurídico actual com todos sus rasgos caracterizadores, incluida la diferenciación de planos normativos y la consistente dimensión valorativa del de mayor rango.”

³⁹ BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del derecho**. Tradução de Alfonso Ruiz Miguel. Valência : Fernando Torres, 1980, p. 256

⁴⁰ BOBBIO, *op. cit.* p. 260

constitutivos do direito é uma teoria do Direito Positivo e vale no âmbito de determinado sistema.⁴¹

E como um estudioso analítico, Norberto Bobbio afirma que a teoria geral do direito por mais que seja uma ciência formal, não é uma disciplina da Filosofia. Esta diferença se dá principalmente pelo fato de que os conceitos de filosofia são *a priori* e universais, enquanto que os da ciência são *a posteriori* e particulares.

Entende-se por conhecimento *a priori*, não conhecimentos tais que tenham lugar independente desta ou daquela experiência, mas os que não dependem em absoluto de experiência alguma. E o conhecimento *a posteriori* refere-se à experiência geral que inclui, portanto, condições propícias à experiência jurídica concreta.⁴²

O Direito, em suma, não é uma entidade absoluta, cuja essência resplandece com puríssima luz no intelecto, mas simplesmente é um certo número de experiências nas quais se encontram utilidade.

Assim, Norberto Bobbio entende que a filosofia do direito é teoria da justiça. É a teoria desse especial valor que domina a experiência jurídica e na base da qual o Direito empírico, histórico e positivo vem valorado.⁴³ Consequentemente, para o autor, a distinção entre a filosofia do direito e a ciência jurídica aparece claríssima.

A ciência é uma tomada de posse da realidade, a filosofia, uma tomada de posição frente à realidade. Por isso a ciência é indiferente a valores, e assim

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del derecho**. Tradução de Alfonso Ruiz Miguel. Valência : Fernando Torres, 1980, p. 265

⁴² BOBBIO, *op. cit.* p 268

⁴³ BOBBIO, *op. cit.* p 270

tem seu caráter subjetivo de investigação desinteressada e objetivo de investigação pura. A filosofia está axiologicamente orientada e comprometida, tem seu caráter de ideologia.⁴⁴

Norberto Bobbio crê que os estudos cobertos pela expressão “filosofia do direito” podem se reagrupar em: a) propostas sistematicamente elaboradas de reforma da sociedade, sem, no entanto, atribuir a este grupo nome específico; b) a análise e delimitação de noções gerais, que se consideram comuns em todos os ordenamentos jurídicos, para circunscrever o campo do direito como conceito de normas, obrigações, sanções, validade, eficácia, direito subjetivo, poder, que pode ser chamada de Teoria Geral do Direito; c) já o estudo do direito como fenômeno social, compreendendo concretas investigações sobre a origem histórica do direito, a função do direito como meio de controle social, a relação entre desenvolvimento social e desenvolvimento público, a relação recíproca entre sociedade e direito, pode ser chamado de Sociologia Jurídica; e enfim, d) os estudos sobre a ciência jurídica e, mais especificamente sobre as obras dos juristas, são a Metodologia do Direito.⁴⁵

A partir desta análise, tem-se que a teoria formal do direito é uma teoria científica na medida em que estabelece um certo ponto de vista e um certo método de conhecer o fenômeno jurídico.

A elaboração de uma teoria formal do direito leva a estudar o direito em sua estrutura normativa, não necessitando do conteúdo das normas, enquanto que uma formulação da concepção formal de justiça leva a uma justificação do

⁴⁴BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del derecho**. Tradução de Alfonso Ruiz Miguel. Valência : Fernando Torres, 1980, p. 276

⁴⁵ BOBBIO, *op. cit.* p. 280

ordenamento jurídico independentemente do fato de o conteúdo das normas ser este ou aquele.

O estudo de Norberto Bobbio na Teoria Geral do Direito, ou seja, seu estudo acerca de conceitos de normas, obrigações, sanções, validade e eficácia, foram primordialmente colocados em dois cursos universitários: a teoria da norma jurídica publicado em 1958, e a teoria do ordenamento jurídico, publicado em 1960, com que o autor compôs o livro “Teoria General del Derecho”⁴⁶.

Assim, na primeira parte do livro, o autor italiano trata da norma jurídica isoladamente considerada, demonstrando a importância da sanção, que é a exteriorização e institucionalização para a garantia da norma jurídica⁴⁷, e ainda, a validade e eficácia da norma, além de trabalhar com o conceito de direito advindo da norma jurídica.

Porém, deve-se salientar que a teoria do ordenamento jurídico vai ser mais profundamente analisada nesta dissertação em virtude da sua importância que foi salientada pelo próprio autor, ao colocar que, houve muitos trabalhos realizados sobre a norma jurídica, mas foram poucos os que trataram do ordenamento jurídico.⁴⁸

Na teoria do ordenamento jurídico o autor salienta a unidade do ordenamento jurídico e adota a estrutura escalonada do ordenamento de Hans Kelsen, afirmando que há normas superiores e inferiores, sendo que, as inferiores dependem das superiores. Norberto Bobbio admite também a existência da norma fundamental esclarecendo

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoría General del Derecho**, Trad.: Eduardo Roza Acuña, Bogotá : Editorial Temis, 1987, p. VII.

⁴⁷ BOBBIO, *op. cit* p. 10

⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, Trad.: Tércio Sampaio Ferraz, 4º ed., Brasília : Editora Universitária de Brasília, 1994, p. 20

Aceitamos aqui a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen. Essa teoria serve para dar uma explicação da unidade de um ordenamento jurídico complexo. Seu núcleo é que *as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano*. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chegando-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento.⁴⁹

Após a análise da unidade do ordenamento jurídico, Norberto Bobbio passa a estudar os limites materiais e formais que o poder superior tem em relação ao poder normativo inferior. O limite material se refere ao conteúdo, enquanto o formal à forma. Ademais, quanto a esses limites em relação à atuação do juiz, este deve aplicar a lei, ou seja, a atividade jurisdicional está limitada ao conteúdo da mesma.

E salienta ainda:

Em geral os vínculos do juiz com respeito à Lei são maiores que aqueles existentes para o legislador ordinário com respeito à Constituição.

Enquanto na passagem da Constituição para a lei ordinária vimos que se pode verificar o caso de falta de limites materiais, na passagem da lei ordinária para a decisão do juiz é difícil que se verifique esta falha na realidade.⁵⁰

E continua sua explanação salientando que a validade de uma norma se dá quando esta pertence a um ordenamento, sendo posta por uma autoridade competente e seu fundamento último é a norma fundamental, ou seja, “em outras palavras, é o fundamento de validade de todas as normas do sistema.”⁵¹

⁴⁹BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, Trad.: Tércio Sampaio Ferraz, 4º ed., Brasília : Editora Universitária de Brasília, 1994, p. 49

⁵⁰ BOBBIO, *op.cit.* p. 60

⁵¹ BOBBIO, *op. cit* p. 62

Norberto Bobbio continua sua análise demonstrando que há possibilidade de existir antinomias nos ordenamentos que significam a existência de normas incompatíveis entre si, porém, traz os critérios para resolução das antinomias, quais sejam, o hierárquico, da especialidade e o cronológico para que a regra da coerência do ordenamento seja respeitada.⁵²

1.5 A Teoria do Direito de Herbert Hart

Herbert Hart foi um jurista anglo-saxônico que produziu a obra “O Conceito de Direito”⁵³ com o desígnio de aprofundar e compreender melhor o direito, a coerção e a moral como fenômenos sociais diferentes, mas relacionados. Afirma o autor que o jurista que apreciar a sua obra há de considerá-la um ensaio sobre a teoria jurídica analítica⁵⁴.

O autor inglês inicia sua teoria com as chamadas “questões persistentes”. A que ele coloca como a principal é *o que é o direito?*⁵⁵. Assim, afirma que três são as principais questões recorrentes que tentam buscar respostas a esta pergunta, quais sejam, que o direito é baseado em ordens que ameaçam, que a conduta humana advinda do direito é obrigatória, e ainda, que o direito consiste em regras.⁵⁶

Todas estas questões serão analisadas por Herbert Hart no decorrer da sua obra.

⁵² BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**, Trad.: Tércio Sampaio Ferraz, 4º ed., Brasília : Editora Universitária de Brasília, 1994., p. 110

⁵³ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Trad: A Ribeiro Mendes, 3º ed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1994

⁵⁴ HART, *op. cit.* p. 01

⁵⁵ HART, *op. cit.* p. 05

⁵⁶ HART, *op. cit.* p. 10

Assim, ele inicia sua análise fazendo uma crítica à teoria jurídica formulada por John Austin, para quem o direito é concebido como ordens coercitivas do soberano, a quem essas ordens não atingem.

Herbert Hart coloca alguns pontos principais em que a teoria de Austin falhou, quais sejam, apesar de uma lei criminal, que proíbe ou prescreve sanções, se assemelhar a ordens baseadas em ameaças, tal lei difere de tais ordens num aspecto importante o de que se aplicam também àqueles que a criam, e não somente aos demais.⁵⁷

Além disso, há outras variedades de direito que conferem poderes jurídicos para julgar ou legislar (poderes públicos) e para constituir ou alterar relações jurídicas (poderes privados), as quais não podem ser concebidas como ordens baseadas em ameaças.⁵⁸

Por isso, diz Herbert Hart, ocorreu a derrota da teoria jurídica

Os três últimos capítulos são, por isso, o relato de uma derrota e há obviamente necessidade de um novo começo. Todavia a derrota é instrutiva, merecedora da consideração detalhada que lhe demos, porque em cada ponto em que a teoria falhou na concordância com os factos foi possível ver, pelo menos nos seus contornos, por que razão estava destinada a falhar e o que se exige para um melhor resultado.⁵⁹

Assim, o professor de Oxford, parte da noção de regras primárias e secundárias e se aprofunda nesses conceitos, pois entende que os aspectos principais do direito que se tem revelado causadores de perplexidade e tem provocado

⁵⁷HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Trad: A Ribeiro Mendes, 3º ed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 89

⁵⁸HART, *op. cit* p. 90

⁵⁹ HART, *op. cit* p. 90

uma indefinição do conceito de direito podem ser melhor compreendidos a partir destes dois tipos de regras e a interação que ocorre entre elas.

As regras primárias são as regras que exigem dos indivíduos que façam ou se abstenham de fazer alguma coisa, quer queiram ou não, impondo deveres e obrigações, enquanto as regras secundárias são as que asseguram que se possam criar novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar regras antigas, ou determinar, de diferentes modos, a sua incidência ou, ainda, fiscalizar sua aplicação. São regras que atribuem poderes públicos ou privados.⁶⁰

Da mesma forma que a teoria do direito que concebe este como ordens coercitivas partiu da idéia de obrigação, ou seja, de um a conduta humana que é obrigatória, Herbert Hart também escolhe a obrigação como ponto de partida para a sua teoria e tenta construir uma nova explicação do direito em termos de regras primárias e secundárias.⁶¹

Assim, utilizando-se da palavra obrigação como ponto de partida, o autor inglês faz uma diferença entre ser obrigado e entre ter uma obrigação.

Ser obrigado, diz o autor, ocorre quando a pessoa tem crenças ou motivos psicológicos para fazer uma ação, sendo que, existem dois elementos indispensáveis para que a pessoa se sinta obrigada, quais sejam, as conseqüências da desobediência têm que ser maiores do que a ameaça e ainda, o receio de que a ameaça possa ser cumprida⁶².

⁶⁰ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Trad: A Ribeiro Mendes, 3º ed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p.91

⁶¹ HART, *op. cit* p. 92

⁶² HART, *op. cit* p. 93

Por outro lado, ter uma obrigação ocorre quando o indivíduo internaliza a obrigação. Quando ele sabe que deve fazer a obrigação mesmo que, se não a fizer, não sofrerá nenhuma sanção, mas ele sabe que tem a obrigação de fazer.

Assim, “a afirmação de que alguém tem, ou está sujeito, a uma obrigação, traz, na verdade, implícita a existência de uma regra.”⁶³

Tais regras dentro de um sistema jurídico de uma sociedade complexa são as regras primárias e secundárias.

Para demonstrar a relevância de tais normas, Herbert Hart, faz um retorno à sociedade primitiva ou pré-jurídica, que não possui nem poder legislativo, nem tribunais e funcionários de qualquer espécie, e o único controle social é a atitude geral do grupo que impõe as regras de obrigação.

Assim, ele demonstra que nesta sociedade pré-jurídica, vivia-se apenas com as regras primárias de obrigação, permeadas de incertezas, e por fim, com uma certa ineficácia da pressão social, em virtude da ausência do monopólio oficial da força. Por outro lado, na sociedade jurídica, há uma complementação das regras primárias com as regras secundárias.⁶⁴

Esta estrutura que resultou da combinação das regras primárias e secundárias de reconhecimento é o coração de um sistema jurídico e mais um instrumento poderosíssimo para a análise de muito daquilo que tem intrigado o jurista e o teórico político.

⁶³ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Trad: A Ribeiro Mendes, 3º ed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 95

⁶⁴ HART, *op.cit.* p. 107

As regras primárias e secundárias são na teoria hartiniana o que melhor explica o sistema jurídico.

Assim, os conceitos jurídicos como obrigação, direito, validade, fontes do direito, legislação e jurisdição, como também, a sanção, são melhor elucidados nos termos desta combinação entre regras primárias e regras secundárias.⁶⁵

A partir desta análise, passa o autor inglês, a tratar do fundamento do sistema jurídico que é, no seu entendimento, a aceitação da regra secundária de reconhecimento para a identificação das regras primárias de obrigação. E assim

Na vida quotidiana de um sistema jurídico, a sua regra de reconhecimento só muito raramente é formulada de forma expressa como tal; [...] Na maior parte dos casos a regra de reconhecimento não é enunciada, mas a sua existência manifesta-se no modo como as regras concretas são identificadas, tanto pelos tribunais ou outros funcionários, como pelos particulares ou seus consultores.⁶⁶

Então, para dizer que uma regra é válida tem que reconhecê-la como tendo passado por todos os critérios da regra de reconhecimento, e assim, esta regra será do sistema jurídico.

Neste ponto, Herbert Hart, assim como os autores analisados anteriormente, separa a validade da eficácia, ao colocar que

Se por eficácia se quer dizer que o facto de que uma regra de direito exigindo um certo comportamento é mais freqüentemente obedecida do que desobedecida, é evidente que não há relação necessária entre a validade de uma regra concreta e a sua eficácia, a menos que a regra de reconhecimento do sistema inclua entre os seus critérios, como o

⁶⁵ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Trad: A Ribeiro Mendes, 3º ed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p 108

⁶⁶ HART, *op. cit.* p. 113

fazem algumas, a disposição de que nenhuma regra é considerada como regra do sistema, se tiver cessado há muito de ser eficaz.⁶⁷

Para chegar à validade da regra de reconhecimento, ou seja, à validade da regra que é fundamento de validade de todas as demais, Herbert Hart recusa o conceito de norma fundamental de Kelsen, pois entende não ser possível que esta regra seja hipotética ou pressuposta, haja vista, que uma pessoa que afirma e aceita com seriedade a validade de uma regra, faz, ela própria, uso de uma regra de reconhecimento para identificar o direito, e ainda, porque esta regra de reconhecimento, é não somente aceita por ela, mas é a regra de reconhecimento aceita e empregada no funcionamento geral do sistema. Nenhum desses dois pressupostos é adequadamente descrito como suposição de validade que não pode ser demonstrada.⁶⁸

Assim, continua o autor,

só necessitamos da palavra <validade> e só a usamos comumente para responder a questões que se colocam *dentro* de um sistema de regras onde o estatuto de uma regra como elemento do sistema depende de que ela satisfaça certos critérios facultados pela regra de reconhecimento. Assim, a regra de reconhecimento não é válida ou inválida, mas simplesmente aceita como apropriada para a sua utilização.⁶⁹

De acordo com este pensamento, a validade está dentro do sistema jurídico, enquanto que a existência está fora. Isso porque, se uma regra subordinada de um sistema pode ser válida e nesse sentido, existir, mesmo se for ignorada, a regra de reconhecimento apenas existe como prática complexa, e, normalmente, aceita dos tribunais e dos particulares. Considerando assim, a regra de

⁶⁷ HART, *op.cit.* p. 115

⁶⁸ HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. Trad: A Ribeiro Mendes, 3º ed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p 119

⁶⁹ HART, *op. cit.* p. 120

reconhecimento é diferente das demais regras do sistema pois a sua existência é uma questão de fato⁷⁰.

Outro ponto interessante trazido por Herbert Hart refere-se à crítica deste autor ao formalismo dos positivistas e ao ceticismo dos realistas.

Em relação à crítica ao formalismo esta é feita porque o autor inglês acredita que, seja qual for o processo escolhido, a existência de precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante à facilidade com que atuam sobre os casos concretos, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão, e possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta*.⁷¹

Em outras palavras, a razão para esta textura aberta reside na necessidade da escolha, isto porque, “somos homens e não deuses”⁷², faz parte da condição humana que exista desvantagens sempre que se tenta regular alguma esfera da conduta humana através de padrões gerais a serem usados em casos particulares.

O que o autor quer dizer é que

Os cânones de <interpretação> não podem eliminar estas incertezas, embora possam diminuí-las; porque estes cânones são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais, que, eles próprios exigem interpretação. Eles, tal como outras regras, não podem fornecer a sua própria interpretação.⁷³

⁷⁰ HART, *op. cit.* p. 121

⁷¹ HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. Trad: A Ribeiro Mendes, 3º ed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 141

⁷² HART, *op. cit.* p. 141

⁷³ HART, *op. cit.* p. 139

O formalismo, que é um vício conhecido na teoria jurídica, consiste em dar à regra geral um só conceito, ou seja, minimizar e tentar disfarçar a necessidade da escolha. Fazer isto é conseguir uma certeza ou previsibilidade à custa de considerar de forma cega e preconceituada, o que se deve fazer numa série de casos futuros. Assim, se consegue antecipar a solução, mas sem uma visão clara da questão.

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso a caso.⁷⁴

A outra crítica apontada por Herbert Hart é em relação ao ceticismo sobre as regras, ou seja, em relação àqueles que acreditam que o direito consiste somente nas decisões dos tribunais, sem a utilização das regras ou na negação destas.⁷⁵

Para o cético, diz Hart, as regras são importantes na medida em que nos ajudam a predizer o que os juízes farão, ou seja, o juiz pode intuir uma resposta a uma questão e depois procurar em um catálogo a regra que possa fingir que apreciou⁷⁶.

Em virtude destas afirmações é que o autor inglês faz uma crítica ao ceticismo, pois como afirma

Algumas decisões judiciais podem ser semelhantes a isso, mas é claramente evidente que, na sua maior parte, as decisões [...] são obtidas, ou através de um esforço genuíno de obediência às regras, tomadas conscientemente como padrões orientadores de decisão, ou se obtidas intuitivamente, são justificadas por regras que o juiz se

⁷⁴ HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. Trad: A Ribeiro Mendes, 3º ed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p.148

⁷⁵ HART, *op. cit.* p.152

⁷⁶ HART, *op. cit.* p.152

dispunha anteriormente a observar e cuja relevância para o caso concreto seria reconhecida de forma geral⁷⁷

E ainda existe mais uma forma de ceticismo sobre as regras que não repousa neste caráter intuitivo das decisões judiciais, mas no fato de a decisão de um tribunal ter uma posição única como algo dotado de autoridade e, no caos dos supremos tribunais, de definitividade.

Nesta posição, tem-se a frase “o direito (ou a constituição) é o que os tribunais dizem que é”⁷⁸.

Porém, diz Hart, em qualquer momento dado, os juízes, mesmo os do supremo tribunal, são partes de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas para fornecer padrões para uma decisão judicial. Quando o juiz toma posse ele adere a certos padrões que não são criados por ele e esta adesão é exigida para a manutenção dos padrões.⁷⁹

E assim, arremata, as regras não são meras predições das decisões dos tribunais, porque apesar de as regras servirem, como alegam os realistas, para acobertarem o exercício discricionário dos juízes, elas não são somente predições do que os juízes farão, mas sim, são padrões para a decisão, suficientemente determinados, apesar da textura aberta do direito⁸⁰.

Porém, afirma Hart, o que causou polêmica na teoria do direito não foi tanto as regras concretas, mas o problema da incerteza da regra de

⁷⁷ HART, *op. cit.* p. 154

⁷⁸ HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. Trad: A Ribeiro Mendes, 3º ed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p.155

⁷⁹ HART, *op. cit.* p. 160

⁸⁰ HART, *op. cit.* p. 161

reconhecimento e, por isso, dos critérios utilizados pelos tribunais para identificar as regras de direito válidas.

Neste ponto, chega-se na zona de textura aberta da regra fundamental do sistema.

Mas o paradoxo desaparece, quando se lembra que, embora cada regra possa ter um teor duvidoso, na verdade, uma condição necessária ao sistema jurídico existente é que nem toda regra esteja sujeita a dúvidas.

Quanto à relação entre direito e justiça e direito e moral, como todo positivista analisa tal questão, o autor inglês não foge à regra, e o que este pretende é facultar ao seu leitor formar uma opinião raciocinada da verdade e da importância de tais pretensões, e para isso, o autor identifica algumas questões dentro da esfera geral da moral, quais sejam, primeiro identifica a idéia específica de justiça e os traços especiais que esta tem com o direito e em segundo lugar demonstra as características que distingue as regras e os princípios morais dos jurídicos⁸¹.

A justiça é um valor de excelência atribuído à lei e é distinta de todos os outros valores. Isto significa que a justiça é uma condição necessária, que deve ser satisfeita por qualquer escolha legislativa que pretenda ser assumida como para o bem comum.

A justiça constitui um segmento da moral que se ocupa primariamente, não com a conduta individual, mas com as classes de indivíduos. É isto

⁸¹ HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. Trad: A Ribeiro Mendes, 3º ed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p.171

que dá à justiça sua especial relevância na crítica do direito. Trata-se da mais jurídica das virtudes e da mais pública delas.⁸²

Mas os princípios da justiça não exaurem a idéia de moral e nem toda a crítica ao direito com fundamentos morais é feita em nome da justiça.

Hart diferencia as regras morais das jurídicas pois ensina que as regras morais precisam ser importantes para serem concebidas, diferentemente das regras jurídicas em que a importância não é essencial. Outra diferença se refere à forma de alteração, pois no sistema jurídico as novas regras podem ser introduzidas e as antigas alteradas ou revogadas por ato legislativo intencional, enquanto as regras morais não podem ser criadas, alteradas ou eliminadas por ato legislativo. Ademais, demonstra o autor que a pressão moral é exercida, não através de ameaças ou de apelos aos medo, mas, sim, através da lembrança da natureza moral da ação e das exigências desta.⁸³

Consequentemente, o que demonstra Hart é que um sistema jurídico deve mostrar alguma conformidade com a moral, ou deve repousar sobre a convicção amplamente difundida de que há uma obrigação moral de lhe obedecer, porém tal proposição não significa que possam ser incluídos como critérios de validade de uma norma.

Assim sendo, pode acontecer de existirem leis concretas que são moralmente iníquas, mas foram legisladas de forma devida e satisfazem a todos os critérios de validade de um sistema. Desta forma, chega-se à conclusão que “isto é direito, mas é demasiado iníquo para poder ser aplicado ou obedecido.”⁸⁴

⁸² HART, *op. cit.* p. 184

⁸³ HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. Trad: A Ribeiro Mendes, 3º ed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1994., p. 190

⁸⁴ HART, *op. cit.* p. 221

Pode parecer tentador dizer que as leis que se associaram à iniquidade ou a permitiram, não deviam ser reconhecidas como válidas ou não deviam ter qualquer qualificação de direito, porém este seria um conceito de direito restrito.

Adotando-se, por outro lado, um conceito de direito amplo todas as regras são válidas, quando em harmonia com os testes formais de um sistema de regras primárias e secundárias, mesmo se algumas delas ofenderem a própria moral de uma sociedade.

A razão para se optar pelo conceito amplo de direito é que este habilitará a pensar que “isto é direito, mas é iníquo”, não simplificando de forma excessiva e grosseira a variedade de questões morais a que elas dão origem.

Ou seja

Um conceito de direito que permita a distinção entre invalidade do direito e a sua imoralidade, habilita-nos a ver a complexidade e a variedade destas questões separadas, enquanto que um conceito restrito de direito que negue validade jurídica às regras iníquas pode cegar-nos para elas.⁸⁵

Após a análise da origem do positivismo jurídico e dos grandes autores que adotaram tal doutrina para elaborar uma Teoria do Direito é possível passar a uma análise dos autores pós-positivistas para, com base nestas teorias, demonstrar a possibilidade de um controle da Administração Pública.

O fundamental deste capítulo foi demonstrar em que bases e raízes se fundamentaram as críticas dos autores pós-positivistas que serão analisados no

⁸⁵ HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. Trad: A Ribeiro Mendes, 3º ed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 228

próximo capítulo para a partir destas análises críticas se legitimar e demonstrar a possibilidade de um controle da Administração.

Isto porque, Ronald Dworkin é um crítico feroz do positivismo mas não deixa de ser um pós-positivista pois também trabalha com normas, diretrizes e princípios. Da mesma forma, Luigi Ferrajoli também é um pós-positivista, tendo em vista, que o autor faz sua análise dentro de uma normatividade, porém um normativismo crítico que dá conta do direito atual e da crise do desenvolvimento do próprio sistema.

Robert Alexy, da mesma forma, também pode ser considerado um pós-positivista, pois faz uma crítica implacável e lacerante em relação ao positivismo ortodoxo.⁸⁶

Assim sendo, após a análise dos vários autores da Teoria do Direito e da Filosofia do Direito é possível passar a um estudo das teorias pós-positivistas para então fazer uma análise da possibilidade de utilização destas teorias para concretizar um controle da Administração Pública.

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo : Malheiros, 2002, p. 237

CAPÍTULO 2

O ESTADO DE DIREITO COMO ESTRUTURA LIMITADA DE PODER – UM ENFOQUE PÓS-POSITIVISTA

2.1 O pensamento pós-positivista

Após a análise dos autores do positivismo jurídico o estudo dos pós-positivistas é uma fonte de crítica e soluções para a crise que o direito atual enfrenta.

Para a análise das Teorias do Direito que trazem o Estado de Direito como estrutura limitada de poder, sujeita a controle, necessário é o estudo da Teoria do Direito de Ronald Dworkin⁸⁷, da Teoria Geral do Garantismo proposta por Luigi Ferrajoli⁸⁸, e da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy⁸⁹.

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Trad.: Marta Guastavino, 2º ed., Barcelona : Ariel Derecho, 1989

⁸⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid : Trotta, 1995

⁸⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1997

O jurista norte-americano é o que mais severamente faz uma crítica ao positivismo e principalmente, a Herbert Hart, sendo que demonstra a necessidade de o jurista, ao aplicar o direito, se utilizar dos princípios; Luigi Ferrajoli é o que melhor demonstra a possibilidade de, através dos direitos fundamentais, limitar as práticas normativas e administrativas do Estado de Direito; e ainda, Robert Alexy é o que atualmente traz a melhor teoria para a aplicação do direito em concreto, vez que analisa a colisão dos direitos fundamentais e oferece uma solução para o conflito.

É indiscutível que os autores supra citados são pós-positivistas⁹⁰, vez que, produziram uma crítica implacável e lacerante em relação ao positivismo ortodoxo. Tanto que Perfecto Andrés Ibáñez, no prólogo de **Derechos y Garantías**⁹¹, diz que Luigi Ferrajoli é um jurista normativista de ascendência kelseniana e raiz bobbiniana, mas que o seu normativismo é singular, isto porque, é crítico e realista.

Pois Ferrajoli é, certamente, normativista, porém de um normativismo não envaidecido, mas realista e crítico, capaz de dar conta da complexa natureza do direito atual, inclusive das divergências entre sua realidade empírica e o dever-ser jurídico-constitucional de que esta deveria cingir-se.⁹² (tradução da autora)

Assim, o jurista italiano pode ser tratado como pós-positivista, haja vista, suas críticas ao positivismo e seu passo adiante da teoria.

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo : Malheiros, 2002, p. 237

⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías**. Trad: Perfecto Andres Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid : Trotta, 1999, p. II

⁹² FERRAJOLI, **Derechos y Garantías**. p.01 Pues Ferrajoli es, ciertamente, normativista, pero de um normativismo no ensimismado, sino realista y critico, capaz de dar cuenta de la compleja naturaleza del derecho actual, incluidas las divergencias entre su realidad empirica y el deber ser jurídico-constitucional al que ésta debería ceñirse.

Da mesma forma, Ronald Dworkin e Robert Alexy podem ser citados como pós-positivistas, como afirma Paulo Bonavides⁹³, o que quer dizer que seguem uma linha positivista, porém são normativistas críticos que têm nas suas origens o pensamento kelseniano, bobbiniano e hartiniano como base, mas que, como todos os seguidores, fazem uma crítica aos antecessores.

Para melhor explicitar o pensamento, Paulo Bonavides ensina:

Parte Dworkin para a necessidade de tratar-se os princípios como direito, abandonando, assim, a doutrina positivista e reconhecendo a possibilidade de tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal.

A par da reviravolta antipositivista de Dworkin, num momento culminante para o advento do pós-positivismo, urge, tocante aos princípios, acompanhar a escalada e o desdobramento da doutrina[...]

Para tanto, contribuíram sobretudo o jurista alemão Alexy e também alguns publicistas da Espanha e Itália, receptivos aos progressos da Nova Hermenêutica e às tendências axiológicas de compreensão do fenômeno constitucional, cada vez mais atado à consideração dos valores e à fundamentação do ordenamento jurídico, conjugando, assim, em bases axiológicas, a Lei com o Direito, ao contrário do que costumavam fazer os clássicos do positivismo, preconceitualmente adversos à juridicidade dos princípios e, por isso mesmo, abraçados, por inteiro, a uma perspectiva lastimavelmente empobrecedora da teoria sobre a normatividade do Direito.⁹⁴

2.2 O pensamento de Ronald Dworkin

Apesar de Ronald Dworkin⁹⁵ trabalhar com a *commow law* (direito judiciário) são de primordial importância à Teoria do Direito contemporânea os estudos apresentados por este autor por ele ser um dos principais representantes da filosofia jurídica anglo-saxônica.

⁹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo : Malheiros, 2002, p. 237

⁹⁴ BONAVIDES, *op.cit.* p. 238

⁹⁵ DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Trad.: Marta Guastavino, 2º ed., Barcelona : Ariel Derecho, 1989

O autor é um crítico implacável da escola positivista, e apesar de ser um sucessor de Herbert Hart, pretende construir uma teoria geral do direito que não exclua, nem o discurso moral, nem a argumentação filosófica, baseando sua teoria na filosofia de John Rawls, autor da obra **Uma Teoria da Justiça**, e nos princípios do liberalismo individualista⁹⁶. Ele não só faz críticas como também rechaça, explicitamente, as doutrinas positivistas porque afirma que uma concepção do direito que não se socorra de princípios e que faça a separação entre direito e moral é uma doutrina perigosa, porque na prática jurídica dos tribunais, a distinção entre direito e moral não é clara como almejam os positivistas, e isto mostra a debilidade do positivismo.⁹⁷

O ataque feito pelo autor ao positivismo se baseia, primordialmente, na distinção entre normas, diretrizes e princípios.

O modelo positivista é estritamente normativista porque só pode identificar normas e foge da análise das diretrizes e dos princípios.

O conceito de uma norma chave, como a norma fundamental de Hans Kelsen e a regra de reconhecimento de Herbert Hart, que permitem identificar as normas mediante um teste de origem, para Ronald Dworkin não dão conta do fundamento de validade, haja vista, existirem junto às normas, princípios e diretrizes políticas que não se podem identificar por sua origem, mas sim pelo seu conteúdo e força argumentativa.⁹⁸

⁹⁶DWORKIN, *op. cit.* p 01

⁹⁷ DWORKIN, *op.cit.* p. 09

⁹⁸ DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Trad.: Marta Guastavino, 2º ed., Barcelona : Ariel Derecho, 1989, p.66

Enquanto as normas se aplicam ou não se aplicam, explica Dworkin, os princípios fornecem razões para decidir em um sentido determinado, mas diferentemente das normas, o seu enunciado não determina as condições de sua aplicação. É o seu peso específico que determina quando deve este ser aplicado.

Explica A Calsamiglia no prefácio de *Los Derechos en Serio*

Os princípios, afinal, informam as normas jurídicas concretas, de tal forma que a literalidade da norma pode ser desconsiderada por um juiz quando ela transgredir um princípio que no caso específico se considera importante.⁹⁹ (tradução da autora)

O autor não é positivista porque entende que, ao lado das normas, há os princípios e as diretrizes políticas e não é jusnaturalista porque não crê na existência de um direito natural que está constituído por um conjunto de princípios unitários, universais e imutáveis.

Assim diz A Calsamiglia no prefácio de *Los Derechos en Serio*

O autor americano intenta construir uma terceira via – entre o jusnaturalismo e o positivismo – fundamentada no modelo reconstrutivo de Rawls. Parte-se do pressuposto de que o arrazoado moral caracteriza-se pela construção de um conjunto consistente de princípios que justificam e dão sentido a nossas percepções. As percepções de nosso juízo são dados básicos, porém esses dados e esses juízos devem ajustar-se ao conjunto de princípios. (...)

A terceira via – frente ao jusnaturalismo e ao positivismo – que pretende abrir o autor americano tem seu próprio aparato analítico: o modelo da reconstrução racional aplicado ao conhecimento - e a crítica – do direito.¹⁰⁰ (tradução da autora)

⁹⁹ DWORKIN, *op.cit.* p.09 Los principios – además – informan las normas jurídicas concretas de tal forma que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que en esse caso específico se considera importante.

¹⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Trad.: Marta Guastavino, 2º ed., Barcelona : Ariel Derecho, 1989, p.11/12 El autor americano intenta construir una tercera vía – entre el iusnaturalismo y el positivismo – fundamentada em el modelo reconstructivo de Rawls. Se parte del presupuesto de que el razonamiento moral se caracteriza pela construcción de un conjunto consistente de principios que justifican e dan sentido a nuestros intuiciones. Las intuiciones de nuestros juicios son los datos básicos, pero esos datos e esos juicios deben acomodarse al conjunto de principios. (...)

La tercera vía – frente ao iusnaturalismo e ao positivismo – que pretende abrir el autor americano tiene su propio aparato analítico: el modelo de la reconstrucción racional aplicado al conocimiento –y l a crítica –

O que significa que Dworkin quis reconstruir uma teoria com base na construção de uma sociedade justa que nada conhece, uma sociedade como a proposta por John Rawls na sua obra *Uma Teoria da Justiça*, na qual há o “véu da ignorância”, esboçado novamente na obra *Liberalismo Político*, do mesmo autor¹⁰¹.

Para fazer a crítica ao positivismo hartiano, Dworkin se utilizará da função judicial, pois ele diz que no caso de não existir uma norma exata para a aplicação do direito ao caso concreto, John Hart propõe que o juiz decida discricionariamente, não resultando deste juízo uma resposta correta.

Herbert Hart, como já foi exposto, é bastante claro no sentido de que “porque é sempre possível uma pluralidade de tais princípios, não pode ser demonstrado **que certa decisão é a única correta**: mas essa pode tornar-se aceitável como produto racional da escolha esclarecida e imparcial do juiz”.¹⁰² (grifo da autora) Porém este autor, não abandona o que considera a virtude dos órgãos julgadores a neutralidade.

Dworkin, assim, ataca a teoria da função discricionária do juiz enunciando a tese da resposta correta. Neste ponto dos seus estudos, ele se debruça sobre os chamados casos difíceis (*hard cases*), sendo que o caso é difícil se existe incerteza, seja porque existem várias normas que determinam sentenças distintas, ou porque as normas são contraditórias, seja porque não existe norma exata a aplicar¹⁰³.

del derecho.

¹⁰¹ RAWLS, John. **Liberalismo Político**. Trad: Dinah de Abreu Azevedo. 2º ed., São Paulo : Ática, 2000, pp. 45/48

¹⁰² HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Trad.:Ribeiro Mendes, Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1961. p 221

¹⁰³ DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Trad.: Marta Guastavino, 2º ed., Barcelona : Ariel Derecho, 1989 p.147

Propõe o autor que as decisões judiciais nos casos difíceis devem ser resolvidas com base nos princípios, e assim, terá somente uma resposta correta, e somente esta, porque não se buscará a resposta somente nas normas, mas também, como já foi colocado, nos princípios.¹⁰⁴

Porém, como não há uma hierarquia pré-estabelecida de princípios é possível que estes possam fundamentar decisões distintas, pois um princípio pode ter que ceder perante outro.¹⁰⁵

Dworkin sustenta, ainda, que os princípios são dinâmicos e mudam com grande rapidez e que todo intento de canonizá-los está condenado ao fracasso. Por esta razão a aplicação dos princípios não é automática, pois exige um raciocínio judicial e uma integração deste raciocínio a uma teoria. Ou seja, é preciso fundamentar racionalmente integrando um princípio a uma teoria, é necessário fazer uma argumentação jurídica.¹⁰⁶

Pode-se até dizer que foi a partir desta análise sobre a escolha na utilização dos princípios que passaram a surgir todas as teorias sobre colisões de princípios e toda uma teoria germânica acerca da máxima da proporcionalidade, o que será mais amplamente discutido no último capítulo desta dissertação.

O autor propõe também, na sua teoria, um modelo de juiz HÉRCULES¹⁰⁷ que é capaz de solucionar os casos difíceis e encontrar a resposta correta para todos os problemas.

¹⁰⁴ DWORKIN, *op. cit.* p.150

¹⁰⁵ DWORKIN, *op. cit.* p.160

¹⁰⁶ DWORKIN, *op.cit* p.176

¹⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Trad.: Marta Guastavino, 2º ed., Barcelona : Ariel Derecho, 1989, pt p.177

Para isto, o juiz recorre a construção de uma teoria coerente, e mesmo que possam existir teorias que dêem várias respostas, recomenda-se que o juiz escolha a teoria que melhor justifique e aplique o direito histórico e o direito vigente (o juiz Hércules é uma pessoa dotada de habilidades, erudição, paciência e perspicácia sobre-humanas).¹⁰⁸

Uma das chaves para o êxito da teoria do autor americano é a sua preocupação com o tema da certeza do direito. A teoria serve para efetivamente reduzir as incertezas.

Importante ressaltar também que a filosofia jurídica de Dworkin está fundada nos direitos individuais, isso significa, que os direitos individuais, principalmente, os direitos a igual consideração e respeito, são triunfantes frente à maioria. Nenhuma diretriz política, nem objetivo social coletivo, pode triunfar perante um autêntico direito.¹⁰⁹

A garantia dos direitos individuais é a função mais importante do sistema jurídico. O direito não é mais que um dispositivo que tem como finalidade garantir os direitos dos indivíduos frente às agressões da maioria e do governo.¹¹⁰

O esquema que Dworkin utiliza para explicar a tese dos direitos está centrado na análise das controvérsias judiciais.

Pode-se sintetizar sua tese da seguinte maneira: em todo processo judicial existe um juiz que tem a função de decidir o conflito; existe um direito a vencer no conflito e o juiz deve indagar a quem corresponde vencer; este direito a

¹⁰⁸ DWORKIN, *op. cit.* p. 177

¹⁰⁹ DWORKIN, *op. cit.* p. 16

¹¹⁰ DWORKIN, *op. cit.* p. 37

vencer existe sempre, ainda que não exista uma norma exatamente aplicada; nos casos difíceis, o juiz deve conceber a vitória de uma parte, baseando-se em princípios que garantam os direitos; os objetivos sociais estão subordinados aos direitos e aos princípios que os fundamentam; o juiz, ao fundamentar sua decisão em um princípio pré-existente, não inventa um direito, nem aplica legislação retroativa: limita-se a garanti-lo.¹¹¹

A análise de Ronald Dworkin tem sido objeto de críticas, no sentido de que é difícil precisar uma única resposta correta e especificar quais são os princípios aplicáveis. Nas decisões judiciais, especialmente em temas importantes como os constitucionais, traz a implicação de eleger entre valores morais e não meramente na escolha de um princípio moral. Ademais, as constituições dos países desenvolvidos são elaboradas por sociedades pluralistas, resultando daí, constituições fruto de compromissos entre ideologias políticas distintas e portanto surgem conflitos entre princípios, sendo muito freqüente tais conflitos, justamente em razão do seu pluralismo.¹¹²

Essas são questões sérias e reconhecidas por Dworkin, mas ele sustenta que quando existem conflitos o juiz justificará racionalmente o princípio elegido, fornecendo na prestação jurisdicional a resposta correta.

2.3 A Teoria Geral do Garantismo – o pensamento de Luigi Ferrajoli

¹¹¹ DWORKIN, *op. cit.* p. 27

¹¹² DWORKIN, Ronald. Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles? In: **El Ambito de lo Jurídico**. Trad.: Maribel Narvez Mora, Barcelona : Critica, 1994, p. 01

A Teoria Geral do Garantismo foi elaborada por Luigi Ferrajoli, nos capítulos 13 e 14 da obra “Derecho y Razón”¹¹³, em virtude da crise do Direito positivo. No entendimento deste autor, o Direito está necessitando da efetivação de suas normas, e não mais somente da sua declaração, ou justificação.

Como ensina Norberto Bobbio:

O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de **justificá-los**, mas de **protegê-los**. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. [...]

Não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado –, mas de buscas, em cada caso concreto, os **vários fundamentos possíveis**. Mas também essa busca dos fundamentos possíveis – empreendimento legítimo e não destinado, como o outro ao fracasso – não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado.¹¹⁴ (grifo da autora)

Assim, Ferrajoli esboça a divergência entre a normatividade do modelo a nível constitucional e a ausência de efetividade nos níveis inferiores, o que faz com que se trate o direito como simples fachada, levando a uma crise do sistema jurídico.

Daí se depreende que o autor pretende, com o garantismo, elaborar uma nova forma de entender o Direito e o Estado de Direito.

Consequentemente, Luigi Ferrajoli apresenta uma teoria que consegue dar conta do direito atual, que é um direito dúctil, na expressão de Gustavo Zagrebelsky¹¹⁵, flexível, que supera o legalismo do sistema fechado. Ou seja, a

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid : Trotta, 1995

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992. p. 24

¹¹⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil**. Ley, derechos y justicia. Trad: Marina Grebcón. Madrid : Trotta, 1995

ductilidade apresentada pelo autor ora citado significa a coexistência de valores e princípios sobre os quais deve se basear o direito hoje. Não se admite uma teoria do direito que não aceite a pluralidade de valores e princípios, ou seja, que não aceite um sistema aberto de inclusão e integração.

Para melhor explicitar a questão, Gustavo Zagrebelsky ensina:

Se, com mediante uma palavra o mais aproximada possível, quiséssemos indicar o sentido deste caráter essencial do direito dos Estados constitucionais atuais, possivelmente poderíamos usar a imagem da ductilidade.

A coexistência de valores e princípios em que se deve hoje fundamentar necessariamente uma Constituição para não renunciar aos seus elementos de unidade e integração e ao mesmo tempo tornar-se incompatível com a sua base pluralista, exige que cada um de tais valores e princípios se assumam com caráter não absoluto, compatível com aqueles outros com os quais deve conviver.¹¹⁶ (tradução da autora)

Percebe-se aí o grande fio condutor da teoria garantista que é o constitucionalismo.¹¹⁷ É com a emergência da perspectiva constitucional na aplicação da lei, que para Ferrajoli, não amplia a discricionariedade do intérprete, pelo contrário, a limita, haja vista, a exigência constitucional de fundamentação e motivação das decisões, que se poderá ter o direito como um sistema de garantias.

Desta forma, é necessário, é fundamental, para o entendimento da teoria garantista compreender que ela trata somente de Estados de Direito constitucional, ou seja, de Estados de Direito como uma estrutura limitada de poder.

¹¹⁶ ZAGREBELSKY, *op. cit.* p. 14. “Si, mediante una palabra lo más aproximada posible, quisiéramos indicar el sentido de este carácter esencial del derecho de los Estados constitucionales actuales, quizás podríamos usar la imagen de la ductilidad.

La coexistencia de valores y principios sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración e al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir.

¹¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías**. Trad: Andres Ibañez y Andrea Greppi. Madrid : Trotta, 1999. p.11

É interessante notar, que da mesma forma que Norberto Bobbio faz análises sobre a Teoria do Direito que não necessariamente culminam em sínteses mas sim elucidam distinções capazes de aclarar problemas, Luigi Ferrajoli segue a mesma linha fazendo análises acuradas em relação às diversas categorias que estuda para elucidar questões e demonstrar como pode o Direito se tornar mais efetivo e não somente uma carta de declarações.

Isto implica explicar que a Teoria Geral do Garantismo tem três fios condutores que fazem a teoria de Luigi Ferrajoli ser articulada.

O primeiro fio condutor traz o trânsito do Estado de Direito legislativo ao Estado de Direito constitucional.

E é assim explicado:

O primeiro é o representado pela tese, já exposta, da **troca de paradigma** que supõe o constitucionalismo rígido pautado no velho modelo do positivismo jurídico. É o que implica o trânsito do Estado legislativo de direito ao Estado constitucional de direito, a integração das conseqüências de uma primeira revolução jurídica com as da segunda revolução desse caráter.

Aquela, como bem se sabe, teve por objeto primordial vincular legalmente o poder do juiz. Esta se tem orientado no sentido de estabelecer limites e vínculos de direito para a legislação.¹¹⁸ (tradução da autora)

Esta troca de paradigma para um constitucionalismo de conteúdo, de direito, faz com que haja um novo conceito de validade da norma, não se

¹¹⁸ FERRAJOLI, **Derechos y Garantías**. Trad: Andres Ibañez y Andrea Greppi. Madrid : Trotta, 1999, p. 10 El primero es el representado por la tesis, ya aludida, del *cambio de paradigma* que supone el constitucionalismo rígido respecto del viejo modelo del positivismo jurídico. Es lo que implica el tránsito del Estado legislativo de derecho al Estado constitucional de derecho, la integración de las consecuencias de una primera revolución jurídica con las de la segunda revolución de ese carácter. Aquella, como bien se sabe, tuvo por objeto primordial vincular legalmente el poder del juez. Ésta, se há orientado a establecer límites y vinculos de derecho para la legislación.

entendendo que uma norma é válida somente por existir, mas sim quando o seu conteúdo respeita o conteúdo constitucional das normas superiores.

Corolariamente, pode-se dizer que a teoria garantista trabalha com uma dogmática fluida sendo que o seu único conteúdo sólido é a própria pluralidade de valores e princípios. Não mais um legalismo formal e restrito mas uma normatividade fluida que aceita a mescla de princípios.

Neste ponto da sua teoria é possível identificar uma aproximação de Luigi Ferrajoli a Ronald Dworkin pois ambos os autores aceitam os princípios na configuração do direito. E mais, entendem os princípios como conteúdo substancial que o magistrado deve se basear na aplicação do direito. Esta aproximação é explicitada por Letizia Gianformaggio¹¹⁹ que explica que ambos entendem que a ciência do direito tem uma raiz filosófica.

O conceito de dogmática fluida é explicado por Gustavo Zagrebelsky:

Por falta de uma expressão melhor, defendo aqui, a exigência de uma dogmática jurídica 'líquida' ou 'fluida' que possa conter os elementos de direito constitucional de nossa época, ainda que sejam heterogêneos, agrupando-os em uma construção necessariamente não rígida que dá cabimento às combinações que derivam não só do direito constitucional, mas também da política constitucional.

[...]

O único conteúdo "sólido" que a ciência de uma Constituição pluralista deveria defender rigorosa e decididamente contra as agressões de seus inimigos é a da pluralidade de valores e princípios. O único valor – simples – é o da conciliação necessária e o único conteúdo constitucional que não se presta a ser – integrado- em outros mais compreensivos e que, por conseguinte, pode assumir a dureza de

¹¹⁹ GIANFORMAGGIO, Letizia. *Diritto e ragione tra essere e dover essere*. In: **Le Ragione del Garantismo**. Torino : Grappichelli, 1993

um conceito constitucional combatente é o da necessária coexistência de conteúdos.¹²⁰ (tradução da autora)

O modelo garantista ou sistema garantista é um sistema de legalidade que não só tem a sua forma delineada, ou seja, não só controla a produção e formação das normas jurídicas, mas também os conteúdos substanciais destas normas, vinculando-as aos valores constitucionais.

O segundo fio condutor da teoria de Ferrajoli é a incumbência que o modelo garantista atribui à jurisdição e à ciência jurídica.

Para o autor, ambas têm que trocar o seu papel de racionalização acrítica de legalidade do Estado legislativo de Direito, que confunde vigência com validade, para uma crítica da legalidade, que verifique a validade de uma norma em termos de racionalidade material constitucional. Ou seja, a interpretação de uma lei, pressupõe um juízo sobre ela mesma em termos de conteúdo.

A relevância do papel da jurisdição, hoje, vem da forma como ela se exerce. A introdução da Constituição no meio jurisprudencial demonstra a tomada de consciência da sua normatividade e de seus imperativos e a sua aplicação pelos magistrados demonstra uma mudança paradigmática da própria Teoria do Direito.

¹²⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil.** Ley, derechos y justicia. Trad: Marina Grebcón. Madrid : Trotta, 1995, p. 17 A falta de una expresión mejor, he defendido en otro lugar la exigencia de una dogmática jurídica 'líquida' ou 'fluida' que pueda contener los elementos de derecho constitucional de nuestra época, aunque sean heterogéneos, agrupándolos en una construcción necesariamente no rígida que dé cabida a las combinaciones que deriven no ya del derecho constitucional, sino de la política constitucional. [...]El único contenido "sólido" que la ciencia de una Constitución pluralista debería defender rigurosa y decididamente contra las agresiones de sus enemigos es el de la pluralidad de valores y principios. El único valor – simple – es el de la atemperación necesaria y el único contenido constitucional que no se presta a ser – integrado- en otros más comprensivos y que, por consiguiente, puede asumir la dureza de un concepto constitucional - combatiente - es el de la necesaria coexistencia de los contenidos.

Apesar da grande resistência desta aplicação baseada no entendimento que esta amplia a discricionariedade do intérprete, em que pese este, Ferrajoli¹²¹ demonstra que pelo contrário, a aplicação constitucional limita esta discricionariedade, haja vista, a exigência constitucional de fundamentação e motivação das decisões.

E ainda o terceiro e último fio condutor da Teoria Garantista é o papel normativo que corresponde à ciência jurídica em relação com o direito vigente.

E no dizer de Perfecto Andrés Ibáñez,¹²² este é o momento da ruptura mais significativa da teoria garantista com o precedente kelseniano da teoria do direito como teoria pura e com a ortodoxia analítica da teoria como teoria descritiva. Isto porque Ferrajoli concebe a relação entre o direito e a garantia como implicação normativa e não como uma mera descrição do fato jurídico.

E assim, com estes três fios condutores, Ferrajoli constrói sua concepção do direito como um sistema de garantias a partir de um ordenamento jurídico do Estado constitucional de direito.

Com esta base preliminar sobre os fios condutores que se baseiam a Teoria Geral do Garantismo é possível fazer um panorama de como Luigi Ferrajoli pretendeu, com o seu livro “Derecho y Razón”, criar uma Teoria Geral para todos os ramos do direito e não somente para o direito penal.

Ferrajoli inicia sua Teoria Geral do Garantismo trazendo o Garantismo Jurídico em três acepções¹²³, lembrando sempre que o garantismo se

¹²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantias**. Trad: Andres Ibañez y Andrea Greppi. Madrid : Trotta, 1999 pp. 11/12

¹²² FERRAJOLI, *op. cit* 12

¹²³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid : Trotta, 1995

enquadra dentro do pós-positivismo jurídico, caracterizado pela forma estatal do Direito e pela forma jurídica do Estado.

A primeira traz o Garantismo como um modelo normativo de direito, um modelo de estrita legalidade, que se caracteriza em três planos:

no plano epistemológico, como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo; no plano político, como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade e no plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à autoridade punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.¹²⁴ (tradução da autora)

Nesta acepção é que se traz o modelo da estrita legalidade, que significa, nesta teoria, que há uma exigência de que a própria lei condicione a determinados conteúdos substanciais a legitimidade de exercício de qualquer poder por ela instituído. A nenhum poder é dado o direito de não respeitar os direitos fundamentais.

Em nível epistemológico, então, ensina Sergio Cademartori “esta teoria embasa-se no conceito de *centralidade da pessoa*, em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve o mesmo servir.”¹²⁵

E explica ainda o mesmo autor:

Esse modelo permite ao estudioso analisar um determinado sistema constitucional para verificar eventuais antinomias entre as normas inferiores e seus princípios constitucionais, bem como incoerências entre as práticas institucionais efetivas e as normas legais. A partir

¹²⁴FERRAJOLI, *op. cit.* p. 851 en el plano epistemológico como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo; en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado em garantía de los derechos de los ciudadanos.

¹²⁵CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. Livraria do Advogado : Porto Alegre, 1999. p.72

daí, poderá inferir-se o grau de garantismo do referido sistema , ou seja, o grau de efetividade da norma constitucional.¹²⁶

Em uma segunda acepção tem-se o Garantismo Jurídico como uma Teoria do Direito e uma Crítica ao Direito, ou seja, o sistema garantista designa assim, uma teoria jurídica da validade separada da efetividade, ou seja, elas são tratadas como categorias distintas, assim como a vigência das normas também o é.

Como explica Sérgio Cademartori

a abordagem teórica, neste caso, permite estabelecer uma diferença entre ser e dever ser no Direito, postulando como seu problema central a divergência existente entre os modelos normativos (tendencialmente garantistas) e as práticas efetivas (tendencialmente anti-garantistas). [...] Para isso, opera redefinições dos conceitos tradicionais de validade, vigência, legitimidade e eficácia.¹²⁷

Com este modelo o que se propõe é uma crítica ao direito positivo vigente, sendo esta crítica, interna e jurídica, posto que é dirigida a sua inefetividade e invalidade.

Para isso, necessário discernir como o garantismo coloca os conceitos de validade, vigência e eficácia de uma norma jurídica.

Com esta distinção, é possível demonstrar que este autor é crítico porque faz uma crítica às orientações positivistas por confundirem vigência com validade, e ainda, uma crítica ao realismo jurídico, que confunde validade com eficácia.

Assim, Ferrajoli faz a distinção:

¹²⁶ CADEMAR TORI, Sérgio. *op. cit* p. 76

¹²⁷ CADEMARTORI, Sérgio. *op cit.* p. 77

para que uma norma exista ou esteja em vigor é suficiente que satisfaça as condições de validade formal, condições que fazem referência às formas e aos procedimentos do **ato normativo**, assim como a competência do órgão que o emana. Para que seja válida, ao contrário, necessita-se que satisfaça também as condições de validade substancial, que se referem ao seu conteúdo, ou seja, ao seu significado.

Tanto as condições formais, que são suficientes para que uma norma seja vigente, como as substanciais necessárias para que seja válida se encontram estabelecidas pelas normas jurídicas que disciplinam sua produção em nível normativo superior.¹²⁸ (grifo do autor) (tradução da autora)

E essa distinção é feita por Ferrajoli porque ele leva em conta o Estado de Direito constitucional no qual o conceito tradicional de validade confundido com vigência não consegue dar mais conta da complexidade do direito atual.

Com efeito, o Estado de Direito constitucional incorporou os valores de justiça ao seu conteúdo normativo, ou seja, todos os princípios e valores consagrados como direitos naturais foram positivados como direitos fundamentais que limitam o Estado.

E assim, elucida Sergio Cademartori:

Ora, se uma norma inferior entrar em vigor respeitando os procedimentos previstos para sua criação, mas não já os conteúdos nesses parâmetros supracitados (os Direitos fundamentais, por exemplo), à obriedade, ela existirá até ser declarada sua inconstitucionalidade pela corte competente. Ou seja, ela será **válida** (na terminologia positivista tradicional) até que o referido tribunal declare que ela é inválida. Então, para evitar tais confusões, o garantismo propõe uma redefinição das categorias tradicionais, passando a entender como **vigentes** (ou de validade meramente

¹²⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid : Trotta, 1995 p. 874 Para que una norma exista o esté en vigor es suficiente que satisfaga las condiciones de validez formal, condiciones que hacen referencia a las formas y los procedimientos del **acto normativo**, así como la competencia del órgano de que emana. Para que sea, valida se necesita por el contrario que satisfaga también las condiciones de validez substancial, que se refieren a su contenido, o sea, a su significado. Tanto las condiciones formales suficientes para que una norma sea vigente como las sustanciales necesarias para que sea válida se encuentran establecidas por las normas jurídicas que disciplinan su producción en el nivel normativo superior.

formal) as normas postas pelo legislador ordinário em conformidade com os procedimentos previstos em normas superiores, reservando a palavra **validade** à validade também substancial dos atos normativos inferiores.¹²⁹

O juiz, então, ao aplicar uma lei não deve analisar somente se esta é vigente, mas também se é válida. E apesar de muitos dizerem que aplicam as normas válidas, poucos são os que realmente comparam a norma infraconstitucional com a Constituição, ou seja, aplicam na realidade somente uma norma vigente. Esta é a crítica do autor italiano.

E é por isso que, tanto uma ação administrativa, quanto uma ação judicial ou legislativa, que não respeite o conteúdo substancial de uma norma, pode e deve ser controlada jurisdicionalmente, haja vista, o Poder Judiciário ser o protetor do Estado Democrático de Direito.

De outra ponta, o conceito de eficácia de uma norma dentro das categorias de Ferrajoli é a observância desta norma pelos seus destinatários, ou ainda, a aplicação desta pelos órgãos que têm competência para aplicá-las.

Demonstra-se, assim, como o garantismo faz uma crítica pontual ao direito positivo vigente, pois analisa tanto os seus aspectos de ineficácia como os de invalidade das normas jurídicas.

E ainda, como terceira acepção de garantismo jurídico, tem-se como uma filosofia do direito e crítica da política, ou seja, designa uma filosofia política. Neste sentido, impõe ao direito e ao Estado a função de justificação externa

¹²⁹ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. Livraria do Advogado : Porto Alegre, 1999. p. 78

conforme os seus bens e seus interesses, cuja tutela e garantia constituem a finalidade precisa de ambos.

Como elucida Sergio Cademartori:

O 'garantismo' designa também uma filosofia do direito e crítica da política, condensando-se numa filosofia política que impõe ao Direito e ao Estado a carga de sua justificação externa, isto é, um discurso normativo e uma prática coerentes com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justifiquem sua existência. Isto permite a valoração do ordenamento a partir da separação entre ser e dever ser *do* direito, o que é denominado por Ferrajoli de 'ponto de vista externo'.¹³⁰

Essas três acepções formam a Teoria Geral Garantista e é a partir desta que se demonstrará o Estado de Direito como uma estrutura limitada de poder, ou seja, é a partir destas categorias de validade formal, substancial, vigência e do respeito aos direitos fundamentais que se legitimará o controle jurisdicional dos conceitos jurídicos indeterminados sob o enfoque garantista.

2.3.1 O governo *per leges, sub lege* e o Estado de Direito

Assim, para se compreender melhor o caráter vinculado do poder público no Estado de Direito, é importante tomar o Garantismo Jurídico como um modelo de ordenamento, dotado de meios de invalidação de todo exercício de poder, em contraste com as normas superiores ditadas para a tutela dos direitos fundamentais.

¹³⁰CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. Livraria do Advogado : Porto Alegre, 1999. p. 155

Para isso, tomam-se os conceitos de governo *per leges* e *sub lege* explicitados na obra de Sérgio Cademartori. O primeiro trata-se de um governo que “se expressa mediante leis predominantemente gerais e abstratas, e não através de atos particulares, privilégios e estatutos pessoais” e ainda, “que a lei, enquanto fonte do direito, seja fruto da vontade geral, entendida num sentido muito amplo.”¹³¹ Já o governo *sub lege* “equivale à submissão de todo poder ao direito, desde o nível mais baixo até os superiores, através do processo de legalização de toda e qualquer ação governamental.”¹³²

Para este autor, apesar da distinção teórico-metodológica entre essas duas fórmulas, na verdade, o Estado de Direito designa esses dois conceitos, ou seja, “a afirmação da submissão do poder ao direito foi acompanhada pela exigência de que aquele se expressasse de modo preferencial através de normas gerais e abstratas.”¹³³

Porém, o governo *sub lege* é o que melhor desenvolve a relação entre Direito e Estado, sendo que, para Luigi Ferrajoli¹³⁴, o poder *sub lege* pode ser entendido em dois sentidos: um débil ou formal no qual qualquer poder deve ser conferido pela lei e exercido nas formas e procedimentos por ela estabelecidos e um sentido forte ou substancial de que qualquer poder deve ser limitado pela lei, que condiciona não só a forma mas o conteúdo.

No primeiro sentido, são Estados de Direito todos os ordenamentos, inclusive os autoritários, no segundo sentido, somente os Estados de

¹³¹ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. Livraria do Advogado : Porto Alegre, 1999. p. 19

¹³² CADEMARTORI, Sérgio. *op. cit* p. 19

¹³³ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. Livraria do Advogado : Porto Alegre, 1999, p. 20.

¹³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid Trotta, 1995, p. 856

Direito constitucionais são Estados de Direito. É no segundo sentido que se encontra o Estado de Direito como sinônimo de garantismo.

E é a concepção garantista de Estado de Direito, que designa não somente um estado legal ou regulado por lei, mas sim um Estado constitucional de Direito caracterizado, no plano formal, pelo princípio da legalidade em virtude do qual todo poder público está subordinado a leis gerais e abstratas, que disciplinam sua forma de exercício e cuja observância está submetida ao controle de legitimidade e no plano substancial pela funcionalização de todos os poderes do estado a serviço da garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, ou seja, das proibições de lesionar os direitos de liberdade e as obrigações de satisfazer os direitos sociais, assim como os poderes dos cidadãos de acionar a tutela judicial.

Luigi Ferrajoli, então, teoriza:

Graças a estas duas fontes não existem, no Estado de Direito, poderes sem regulação e atos de poder incontroláveis: em todos os poderes se encontram limitados por deveres jurídicos, relativos não só à forma, mas também aos conteúdos de seu exercício, cuja violação é causa de invalidade dos atos acionados judicialmente e, ao menos em teoria, de responsabilidade de seus autores.¹³⁵ (tradução da autora)

Assim, entendido o Estado de Direito como um Estado definido por regras e limites que se baseiam na centralidade da pessoa humana e na garantia dos seus direitos fundamentais, sendo estes a base e o eixo do Estado e não somente valores externos a este, pode-se caracterizar o Estado de Direito como uma estrutura limitada de poder.

¹³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid Trotta, 1995, p. 857. *Gracias a estas dos fuentes no existen, en el estado de derecho, poderes sin regulación y actos de poder incontrolables: en él todos los poderes se encuentran limitados por deberes jurídicos, relativos no sólo a la forma sino también a los contenidos de su ejercicio, cuya violación es causa de invalidez de los actos accionables judicialmente y, al menos en teoría, de responsabilidad para sus autores*

Com esta perspectiva Sergio Cademartori explica:

Como modelo explicativo do Estado de Direito , a teoria garantista consegue dar conta desse aparato de dominação com extrema competência, eis que o apresenta como uma estrutura hierarquizada de normas que se imbricam por conteúdos limitativos do exercício do poder político. Propõe assim um modelo ideal de Estado de Direito , ao qual os diversos Estados Reais de Direito devem aproximar-se, sob pena de deslegitimação. Tem-se aqui então o aspecto propositivo da teoria, ao postular valores que necessariamente devem estar presentes enquanto finalidades a serem perseguidas pelo Estado de Direito , quais sejam a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial.¹³⁶

É sob esta perspectiva do garantismo que se pretende demonstrar a limitação do poder administrativo no Estado de Direito, pois o escopo do garantismo é o conteúdo substancial das normas e, no caso, das políticas administrativas, tendo-se como substancial, a defesa dos direitos fundamentais.

2.3.2 Os direitos fundamentais como limites

Em um primeiro momento, é necessário colocar que Luigi Ferrajoli diferencia situação jurídica dos direitos fundamentais. Isto é necessário para entender a concepção que este autor tem dos direitos fundamentais.

Ele coloca que a situação jurídica são poderes-deveres adquiridos mediante uma causa ou um título e exercidos mediante atos potestativos dotados de efeitos na esfera jurídica própria ou na de outros, o que se pode dizer que o direito de propriedade é uma situação jurídica. Enquanto que os direitos fundamentais

¹³⁶ CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. Livraria do Advogado : Porto Alegre, 1999. p. 72

correspondem a imunidades ou faculdades reconhecidas independentemente de qualquer título e exercida unicamente mediante comportamentos lícitos que não interferem juridicamente na esfera de outros sujeitos.

E é justamente por causa disso que Ferrajoli não aceita e abandona o termo *direitos subjetivos*, pois não aceita colocar os direitos fundamentais na mesma classe que as situação jurídicas, principalmente porque os direitos fundamentais formam a base da igualdade jurídica, enquanto que as situações jurídicas e seu exercício constituem a base da desigualdade jurídica. E mais, porque direitos subjetivos são caracterizados como dados pelo Estado, o que não coincide com os direitos fundamentais, que são declarados e reconhecidos na Constituição.

Para Luigi Ferrajoli os direitos fundamentais podem ser divididos em duas categorias, que são os direitos de liberdade e os direitos sociais, que ele trata de forma diferenciada colocando que as recente Constituições estão reconhecendo, além dos direitos fundamentais de liberdade, outros direitos fundamentais, que são o direito à subsistência, à alimentação, ao trabalho, à saúde, à educação, à informação.

Assim, na tradição liberal¹³⁷ o Estado de Direito é concebido como limitado somente por proibições, em garantia dos direitos do indivíduo a não ser privado dos bens da vida e das liberdades. Com efeito, as garantias liberais ou negativas consistem unicamente em deveres públicos negativos ou de não fazer - de deixar fazer e deixar viver- que tem por conteúdo prestações negativas, ou seja, proibições ao Estado que permitem aos cidadãos liberdades.

¹³⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid Trotta, 1995, p. 860

Junto aos tradicionais direitos de liberdade, as Constituições estão reconhecendo outros direitos fundamentais, que são o direito à subsistência, à alimentação, ao trabalho, à saúde, à educação, à informação e etc.

A diferença entre os direitos de liberdade, que são os direitos *de* e correspondem a proibições ao poder público, os direitos sociais ou materiais, são os direitos *a* e correspondem a obrigações. Assim, pode se dizer que quando um Estado incorpora somente proibições, ou seja, prestações negativas em garantia dos direitos de liberdade, temos um Estado de Direito Liberal, e quando o Estado incorpora também obrigações, que são prestações positivas em garantia dos direitos sociais, caracteriza-se como Estado de Direito Social.

É óbvio que os dois tipos de garantias e os correspondentes modelos de estados não se excluem entre si, mas tampouco se implicam reciprocamente. Pode-se ter estados liberais profundamente anti-sociais, estados sociais profundamente anti-liberais, estados anti-liberais e anti-sociais e em fim, estados, ao menos normativamente, tanto liberais como sociais, enquanto enunciam e garantem os direitos fundamentais *de* e direitos fundamentais *a*.

A diferença, para este autor, entre os direitos de liberdade¹³⁸, que são direitos *de*, que ele chama de prestações negativas, e correspondem a proibições ao poder público e os direitos sociais ou materiais que são direitos *a*, que são obrigações positivas, e correspondem a obrigações deste mesmo poder, consiste no fato de que as prestações negativas (direitos *de*) são mais fáceis de serem executadas vez, que só necessitam de um **não fazer**, e por isso, não custam nada, enquanto que as garantais sociais exigem obrigações positivas (direitos *a*) que exigem um custo econômico.

¹³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid Trotta, 1995, *op. cit* p. 860/861

Também se pode colocar que enquanto os direitos **de** respondem a uma faculdade da pessoa, os direitos **a** respondem uma pretensão da pessoa.

Outra distinção trazida na Teoria Geral do Garantismo se dá entre os direitos fundamentais e as garantias.¹³⁹

Em relação aos direitos fundamentais estes, já foram conceituados, já as garantias são consideradas pela Teoria Garantista como técnicas de limitação à atuação do Estado no que respeita aos direitos fundamentais tanto de liberdade, quanto no que diz respeito aos direitos sociais.

Desta forma, o enunciado constitucional dos direitos dos cidadãos a prestações positivas por parte do Estado, nem sempre se dá acompanhado pela elaboração de garantias adequadas, ou seja, de técnicas de defesa e proteção jurisdicional previstas para as garantias liberais.

Sem dúvida, as prestações positivas do Estado social possuem mais dificuldade do que as prestações negativas do Estado liberal. Primeiro, porque as garantias liberais requerem prestações negativas consistentes em um **não fazer**, e por isso, não custam nada. As garantias sociais, por sua vez, exigem prestações positivas que exigem um custo econômico. Em segundo lugar, enquanto os direitos **de** respondem ao esquema da faculdade do cidadão, os direitos **a** respondem ao esquema da pretensão do cidadão, no sentido de que o primeiro são situações ativas, dependem só da vontade do agente, e o segundo são situações passivas, dependem da atividade de outros sujeitos. Em terceiro lugar, enquanto a violação das proibições públicas estabelecidas em garantia dos direitos **de** dão lugar a antinomias que são normas vigentes, porém

¹³⁹ FERRAJOLI, *op. cit.* p. 865

inválidas, a violação das obrigações públicas estabelecidas em garantia dos direitos a produzem lacunas, ou seja, carência de normas.

Assim, sintetizando:

Os direitos fundamentais correspondem a valores e necessidades vitais da pessoa, histórica e culturalmente determinados. E é por sua qualidade, quantidade e grau de garantia que pode ser definida a qualidade de uma democracia e medir-se o seu progresso.¹⁴⁰ (tradução da autora)

Os direitos fundamentais, então, são considerados como correspondentes a necessidades e valores, ou seja, a proclamação de direitos fundamentais equivale a estipulações de *valores*. E contém por isso um elemento de utopia, sendo a utopia um elemento integrante da noção de valor no sentido de que é próprio dos valores o fato de nunca serem perfeitamente realizados ou de uma vez por todas o de admitir sempre uma satisfação imperfeita, parcial, relativa.

As características estruturais dos direitos fundamentais são a universalidade, a igualdade, a indisponibilidade e a categoria habitualmente constitucional. Ou seja, a grande inovação institucional da noção do Estado de Direito foi a positivação e a constitucionalização destes direitos fundamentais, como forma de limite aos mesmos.

Desta forma, não se admite poderes ilimitados e aspirações neoabsolutistas no Estado de Direito, e a idéia do caráter ilimitado da vontade da maioria, para o garantismo perde o seu sentido.

¹⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid Trotta, 1995, p. 916 *Los derechos fundamentales corresponden a valores y necesidades vitales de la persona histórica y culturalmente determinados. Y es por su calidad, cantidad y grado de garantía como puede ser definida la calidad de una democracia y medirse el progreso.*

E aqui tem-se uma das mais interessantes posições da Teoria Geral do Garantismo que são os dois tipos de condições de exercício do poder, a regra sobre quem pode e sobre as formas como se deve decidir, que é uma regra que determina a forma de governo, da qual depende o caráter politicamente democrático, ou monárquico, ou oligárquico de um Estado de Direito e a regra que determina sobre o que se deve e não se deve decidir, que é norma estrutural de poder, e da qual depende o caráter do direito do sistema jurídico, que sendo um Estado de Direito constitucional são as garantias dos direitos fundamentais do cidadão estabelecendo o que se pode, ou não, decidir, impondo proibições e obrigações aos poderes de estado.¹⁴¹

A garantia destes direitos vitais é a condição indispensável à convivência pacífica.

O Estado de Direito, assim, resulta do conjunto de garantias liberais e sociais sendo que a regra do estado liberal é que nem sobre tudo se pode decidir, nem sequer por maioria, e a regra do estado social é que nem sobre tudo se pode deixar de decidir, nem sequer por maioria.¹⁴²

Sem embargo, em um sentido não formal ou substancial de democracia, o Estado de Direito equivale à democracia no sentido em que reflete além da vontade da maioria, os interesses e as necessidades vitais de todos.

Luigi Ferrajoli¹⁴³ então, traz através dessas duas condições expostas, uma redefinição do conceito de democracia, chamando de democracia substancial ou social o Estado de Direito dotado de garantias efetivas, tanto liberais

¹⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid Trotta, 1995, p. 864

¹⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías**. Trad: Andres Ibañez y Andrea Greppi. Madrid : Trotta, 1999, p.51

¹⁴³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid Trotta, 1995, p. 865

como sociais, e democracia formal o estado político representativo, sendo que, neste sentido, o princípio da democracia política é o respeito à regra da maioria.

Em relação ao conteúdo substancial da democracia significa que, além das normas que determinam sobre o que e como se deve decidir, tem-se também normas que fazem referência ao que se deve ou não se deve decidir em relação às formas de democracia política e por isso, se coloca como conteúdo substancial (nem sobre tudo se pode decidir, nem sequer por maioria). Já no que diz respeito ao conteúdo social da democracia, requerem-se instrumentos de efetivação e satisfação dos interesses dos cidadãos (nem sobre tudo se pode deixar de decidir, nem sequer por maioria).

Nenhuma maioria, tem-se dito, pode decidir a supressão de um inocente ou a privação dos direitos fundamentais de um indivíduo ou um grupo minoritário; e tampouco pode deixar de decidir as medidas necessárias para que a um cidadão seja assegurada a subsistência e a sobrevivência. Em suma, o princípio da democracia política, relativo a **quem** decide, se encontra subordinado aos princípios da democracia social relativos ao **que não é lícito decidir e ao que não é lícito deixar de decidir**¹⁴⁴. (grifo do autor) (tradução da autora)

Um projeto de democracia social forma, portanto, um todo único com o estado social de direito: consiste na expansão dos direitos dos cidadãos e correlativamente dos deveres do Estado, ou melhor, a maximização dos direitos de liberdade e minimização dos poderes. Pode-se ter então, um Estado liberal mínimo e um Estado social máximo.

¹⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid Trotta, 1995, p. 865 Ninguna mayoría, se há dicho, puede decidir la supresión de un inocente o la privación de los derechos fundamentales de un individuo o un grupo minoritario; y tampoco puede dejar de decidir las medidas necesarias para que a un ciudadano le sea asegurada la subsistencia y la supervivencia. En suma, el principio de la democracia política, relativo *al quién* decide, se encuentra subordinado a los principios de la democracia social relativos a *qué no es lícito decidir y a qué no es lícito dejar de decidir*.

Como o próprio Luigi Ferrajoli¹⁴⁵ propõe, a tarefa do garantismo é plasmar as novas garantias e efetivá-las sendo que isso não é uma questão somente jurídica, mas também política e fática, afastando-se da ‘falácia garantista’ que nada mais quer dizer do que basta ter-se um sistema normativo adequado e pleno de garantias para que os poderes públicos sejam contidos em sua tendência antigarantista.

Assim, num Estado de Direito não é admissível que a Administração, ao realizar políticas públicas, se esqueça que o Estado é um meio para a realização da garantia dos direitos fundamentais, cabendo ao Poder Judiciário controlar esta aptidão antigarantista do governo.

2.3.3 Aporias e ilegitimidades dos poderes públicos no Estado de Direito

Luigi Ferrajoli ensina que conforme se expandem no ordenamento jurídico os direitos e as garantias com a incorporação de deveres públicos, tanto mais pode-se ver a divergência entre normatividade e efetividade e entre validade e vigência, entre ser e dever ser do e no direito.

Ora, a consagração de direitos fundamentais nas Constituições equivalem a estipulações de valores dentro destas. E contém, por assim dizer, um elemento de utopia, sendo que é sabido que a utopia é um elemento integrante da noção de valor, no sentido de que é próprio dos valores o fato de nunca serem perfeitamente realizados, ou ainda, de que nem sempre se tem uma satisfação perfeita destes, mas sim, sempre parcial e relativa.

¹⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid Trotta, 1995, p. *op. cit.* p. 869

Em vista disto, tem-se uma latente e estrutural ilegitimidade jurídica do Estado de Direito devido à grande colocação de promessas jurídicas formuladas nos níveis normativos superiores (Constituição) e não mantidas nos níveis infraconstitucionais. Isto acaba por acarretar que, mesmo em ordenamentos perfeitos, existirá sempre uma margem estreita porém irredutível de ilegitimidade do poder baseado na vontade e nos direitos e nos interesses populares que não resultam nunca realizados e garantidos na sua integridade. Esta é uma aporia insuprimível de todo o Estado de Direito¹⁴⁶.

Por isto, frente ao problema da inefetividade e da conseqüente ilegitimidade do Estado de Direito, pode-se ter uma solução regressiva ou restritiva com a busca de uma coerência mediante à interpretação restritiva das normas de níveis superiores para fazê-las compatíveis com as normas de nível inferior, o que é estranho dentro de uma perspectiva garantista, e ainda uma solução progressiva, ainda que faça crescer as incoerências do ordenamento, o interessante seria fazer uma interpretação extensiva dos valores constitucionais, ou melhor ainda, uma reformulação normativa em termos mais ricos e vinculantes.

Esse processo do Estado de Direito e da democracia substancial, apesar de muito difícil, consiste, muito mais no desenvolvimento das garantias capazes de fazê-las realidade do que no crescimento das promessas. As promessas não cumpridas, termo utilizado por Boaventura de Souza Santos¹⁴⁷ e Norberto Bobbio¹⁴⁸ para explicar a crise do paradigma da modernidade, pode também aqui ser utilizada para

¹⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid Trotta, 1995, p. 867

¹⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo : Cortez, 1995.

¹⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. 5º ed. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1992

demonstrar a crise do direito estatal, que precisa de mecanismos para a sua verdadeira efetivação.

Graças precisamente às garantias, tais direitos, na medida em que são insatisfeitos, podem deslegitimar os poderes, invalidar suas ações ou omissões, obrigá-los as prestações correspondentes.

Neste sentido, o Estado de Direito é caracterizável como um modelo de ordenamento que permite, não tanto a legitimação, mas sobretudo a deslegitimação jurídica ou interna do funcionamento dos poderes públicos e das normas que estes produzem ou não produzem.¹⁴⁹ (tradução da autora)

É a análise destas formas de deslegitimação que constituem os principais problemas teóricos da ciência jurídica garantista.

2.3.4 Dogmas do Positivismo Tradicional Atacado pelo Garantismo

Para melhor demonstrar a crítica de Luigi Ferrajoli ao positivismo tradicional e fazer uma análise do seu positivismo crítico é necessário estudar os dogmas positivistas que ele entende terem de desaparecer.

E ele faz isso através de sua teoria jurídica, ou seja, como coloca Sergio Cademartori em relação ao garantismo na segunda acepção como teoria jurídica:

Esta forma de abordagem do Direito vigente coloca em questão dois dogmas do positivismo dogmático: a fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva e avaliativa do jurista em relação ao Direito positivo vigente.

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. As decisões judiciais prolatadas com base numa lei meramente vigente

¹⁴⁹FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**, Madrid : Trotta, 1995, p.867 Gracias precisamente a las garantías, tales derechos, em la medida en que son insatisfechos, pueden deslegitimar los poderes, invalidar sus acciones o sus omisiones, obligarlos a las prestaciones corresponden. [...]En este sentido, el estado de derecho es caracterizable como un modelo de ordenamiento que permite no tanto la legitimación, cuanto sobre todo la deslegitimación jurídica o interna del funcionamiento de los poderes públicos y de las normas que estos producen o no producen.

podem ser válidas com respeito a ela, mas isso não impede que essa mesma lei seja declarada inválida. O caso de que uma lei tenha sido sempre aplicada apenas quer dizer que ela é eficaz, e não nos diz nada a respeito de sua validade.¹⁵⁰

Assim, o primeiro dogma diz respeito à afirmação da existência, para o juiz, de uma obrigação jurídica de aplicar as leis vigentes.

É evidente que esta tese, ao menos nos países de Constituição rígida, não é de todo verdadeira, pois quando as leis vigentes são suspeitas de invalidez não existe nem sequer para os juízes a obrigação jurídica de aplicá-las. Além do que, ainda que vigente uma norma e esta tenha uma presunção de validade por razões de funcionalidade e certeza do ordenamento, esta será sempre uma presunção relativa (*juris tantum*) e basta para superá-la a valorização crítica do juiz que em vez de aplicá-la objeta a sua invalidez.

Mas mesmo assim, o autor italiano entende ser necessária a mudança de dogma no sentido de o juiz dever sempre aplicar a norma válida e não a vigente, pois, o juiz, ao aplicar uma lei, não deve analisar somente se esta é vigente, mas também se é válida.

E apesar de muitos dizerem que aplicam normas válidas, poucos são os que realmente comparam a norma infraconstitucional com a Constituição, ou seja, aplicam na realidade somente uma norma vigente, sendo este o dogma que tem que desaparecer.¹⁵¹

O segundo dogma é conectado ao primeiro, fazendo referência à atitude do jurista e à função da ciência jurídica em relação ao direito positivo. A idéia

¹⁵⁰ CADEMAR TORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. Livraria do Advogado : Porto Alegre, 1999. p. 82

¹⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**, cap. 13 e 14, Madrid : Trotta, 1995 p. 874

comum das doutrina positivistas é o caráter avalorativo da ciência jurídica e que as leis não podem criticar-se de dentro, mas somente de fora em sede moral e política.¹⁵²

Da mesma forma do dogma anterior, necessário é afastá-lo, pois fazer uma valoração interna, ou seja, do ponto de vista interno em relação à validade da norma é perfeitamente possível, como ensina Ferrajoli¹⁵³, sendo que é tarefa do jurista, não só moral ou política, mas científica, valorar a validade ou invalidade das normas conforme parâmetros, tanto formais, quanto substanciais, estabelecidos pelas normas jurídicas de níveis superiores.

Ferrajoli afirma que tais dogmas foram elaborados nas teses “sacrosantas”¹⁵⁴ de Kelsen e de Bobbio de acordo com seus estudos sobre separação do direito da moral, de juízos de validade e de juízos de justiça, não sendo permitido ao jurista, em sede científica, valorar as normas jurídicas desde fora e condicionar a sua validade a valores ético-políticos ou extralegais, e que de acordo com tais doutrinas, não é possível tal valoração feita cientificamente.

Porém o autor discorda destas análises afirmando ser possível valorar internamente o direito de acordo com a validade substancial das normas inferiores frente aos direitos fundamentais (valores) colocados nas normas superiores.

2.4 A teoria dos direitos fundamentais – o pensamento de Robert Alexy

¹⁵² FERRAJOLI, *op. cit.* p.873

¹⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**, cap. 13 e 14, Madrid : Trotta, 1995. p.874

¹⁵⁴ FERRAJOLI, *op. cit.* p.873

A partir de Robert Alexy, um dos articuladores da Teoria dos Direitos Fundamentais e da Teoria da Argumentação Jurídica, iniciou-se uma discussão sobre a colisão de direitos fundamentais e a maneira como se resolver tais questões.

Robert Alexy tem como raiz os constitucionalistas¹⁵⁵ da Teoria Material da Constituição, que consolidou-se na Alemanha através dos juristas da tópica. Os grandes representantes desta teoria no Direito Constitucional contemporâneo são Konrad Hesse, Friedrich Müller e Peter Häberle.

Desta forma, diz Paulo Bonavides¹⁵⁶, Robert Alexy, ao estudar a teoria material dos direitos fundamentais e trazendo uma juridicidade dos princípios produz uma teoria normativa-material dos direitos fundamentais.

É a partir desta teoria que se pode analisar a colisão entre os direitos fundamentais, que para Robert Alexy¹⁵⁷ é a razão essencial dos limites impostos à interpretação jurídica tradicional, ou seja, como os direitos fundamentais estão catalogados nas Constituições modernas e a tarefa do jurista é interpretá-los, a interpretação tradicional choca-se com limites em virtude da colisão entre direitos fundamentais, exigindo uma nova hermenêutica constitucional.

Para fundamentar a sua teoria em relação à colisão dos direitos fundamentais, ele inicialmente trata dos direitos do homem, para após positivá-los e transformá-los em fundamentais, e partir daí, fazer uma diferenciação das regras e dos princípios com o intuito de estabelecer a teoria das regras e a teoria dos princípios para resolução dos conflitos.

¹⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Malheiros, 2001. p.159

¹⁵⁶ BONAVIDES, *op.cit* pp. 238/248

¹⁵⁷ ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático** in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217/67, jul./set. 1999

2.4.1 Dos direitos do homem para os direitos fundamentais

Robert Alexy¹⁵⁸, inicialmente, diz que os direitos do homem são considerados como um ideal universal, e que isso acarreta três problemas: epistemológico (como esses direitos são fundamentados ou conhecidos), substancial (quais direitos devem ser reconhecidos como tais) e institucional (a necessidade da positivação para que seu cumprimento seja garantido).

As possíveis soluções de todas as questões estão estritamente ligadas, principalmente com a institucionalização, isto porque, fazendo a transformação dos direitos do homem em direitos fundamentais jurídico-positivamente vigentes irá resultar numa fundamentação e seu reconhecimento. Os direitos do homem formam, assim, com os seus problemas, um sistema.

Para a transformação dos direitos do homem em direitos fundamentais, ou seja, para a sua positivação, a primeira característica que se exige é que esses direitos tratem de interesses e carências que podem e devem ser protegidos e fomentados pelo direito, ou seja, todo homem tem necessidade de amor, mas este não pode ser positivado, pois o direito não tem como forçar o amor, por outro lado, diz Alexy¹⁵⁹, o interesse e a carência tem que ser tão fundamental que a necessidade do respeito a ele tenha que ser pelo direito.

¹⁵⁸ ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático** In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217/56, jul./set. 1999

¹⁵⁹ ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático**. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217/61, jul./set. 1999

Esta fundamentabilidade é tão importante que eles se tornam prioridade sobre todos os escalões do sistema jurídico, até mesmo em relação ao legislador.

Porém, deixa claro Alexy, é primordial entender que a codificação dos direitos do homem em uma constituição, ou seja, a sua transformação em direitos fundamentais, não resolve o problema da institucionalização por si só. Isto porque, novos problemas surgem ante a sua visibilidade, sendo o problema principal a sua interpretação.¹⁶⁰

Como o problema se instaura na interpretação, tem-se que é necessária a fixação de limites com o auxílio de uma ponderação como parte nuclear da dogmática dos direitos fundamentais, e ainda, uma textura aberta destes.

Quando se trata de um catálogo escrito de direitos fundamentais, o problema jurídico dos mesmos é, portanto, um problema de interpretação das formulações do direito positivo dotados de autoridade. Neste ponto, não se diferencia dos problemas de interpretação com os que se enfrenta a jurisprudência em geral. Desde logo, se acha prudente a discussão sobre os direitos fundamentais da Lei Fundamental, percebe-se que a polémica acerca dos direitos humanos e civis adquire certamente um novo caráter em virtude de sua positivação como direito de vigência imediata, porém não por isso perde em sutileza e profundidade.¹⁶¹ (tradução da autora)

2.4.2 A colisão dos direitos fundamentais na teoria de Robert Alexy

¹⁶⁰ ALEXY. Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 20

¹⁶¹ ALEXY. Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 21 Cuando se trata de un catálogo escrito de derechos fundamentales, el problema jurídico de los mismos es, por lo pronto, un problema de la interpretación de formulaciones del derecho positivo dotadas de autoridad. En este punto, no se diferencia de los problemas de interpretación con los que se enfrenta la jurisprudencia en general. Desde luego, si se echa una mirada a la discusión sobre los derechos fundamentales de la Ley Fundamental, se percibe que la polémica acerca de los derechos humanos y civiles adquire ciertamente un nuevo carácter en virtud de su positivización como derecho de vigencia inmediata, pero no por eso pierde en agudeza y profundidad.

Como já foi dito, a maioria das Constituições na atualidade contêm uma codificação dos direitos fundamentais, e em virtude disto, “não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais e também um tal não pode existir.”¹⁶²

A colisão de direitos fundamentais pode ser ampla ou estrita.

A colisão de direitos fundamentais, em sentido estrito, é quando ocorre colisões entre direitos fundamentais somente, e é ampla, quando os direitos fundamentais colidem também com quaisquer normas ou princípios, que têm por objeto bens coletivos.

A solução para o problema da colisão destes direitos sempre se dará, de um lado ou de ambos os lados, com uma limitação ou sacrifício, ou seja, a solução para qualquer colisão de direitos fundamentais terá que limitar um dos direitos ou ambos.

E neste sentido, coloca Alexy¹⁶³, para a resposta a esta questão deverão os juristas tomar decisões fundamentais sobre a estrutura da dogmática dos direitos fundamentais.

A primeira decisão a tomar é em relação a força vinculativa dos direitos fundamentais. Isto porque, se tomar a decisão de que eles não são vinculativos juridicamente, mas somente moralmente, as normas dos direitos fundamentais se tornarão meras normas programáticas, levando até a uma possível dissolução da

¹⁶² ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático** In *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217/68, jul./set. 1999

¹⁶³ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.72

Constituição por não ter aplicabilidade. Assim, a primeira decisão fundamental¹⁶⁴ para os direitos fundamentais é a sua força vinculativa jurídica ampla em forma de justiciabilidade, que significa, a possibilidade da sua violação ser verificada por um Tribunal.

A segunda decisão a ser tomada é se os direitos fundamentais têm um carácter de regras ou de princípios. Isto porque, ela é o marco¹⁶⁵ da teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, o ponto de partida para responder as perguntas acerca das possibilidades e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.

Assim, tem-se o modelo das regras e o modelo dos princípios.

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são **mandatos de otimização**, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferente grau e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado por princípios e regras opostos. As regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve fazer-se exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações em âmbito de faticidade e são juridicamente possíveis. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio¹⁶⁶ (tradução da autora)

¹⁶⁴ ALEXY, *op. cit.* p. 73

¹⁶⁵ ALEXY, *op. cit.* p. 82

¹⁶⁶ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 86/87 El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son **mandatos de optimización**, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y la que la medida devida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen **determinaciones** en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio.

Assim, o procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação, sendo que, quem efetua ponderações no direito, pressupõe que as normas, entre as quais se pondera, têm uma estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípios deve chegar a ponderações. Nenhum princípio é considerado inválido.

Quem todavia classifica as normas como regras, opta por uma forma de aplicação que é a subsunção. O conflito entre regras pode ser resolvido de duas formas: ou se introduz uma cláusula de exceção dentro da regra que elimina o conflito, ou se declara, pelo menos uma das regras, como inválida.¹⁶⁷

Na realidade, Robert Alexy¹⁶⁸ traz três caminhos para a solução de conflitos, quando se tomam os direitos fundamentais como modelo de regras: primeiro, a declaração de pelo menos uma norma como inválida; segundo, a declaração de não aplicabilidade da norma, e terceiro, a inserção de uma exceção na norma.

Em relação ao primeiro caminho, ele diz que não tem cabimento para os direitos fundamentais porque estes são hierarquicamente superiores por estarem na Constituição. E também, porque existem colisões que não teriam como ser resolvidas.

Quanto ao segundo caminho, que é o de uma interpretação restrita para não aplicação de uma regra, fica difícil contornar a situação para resolver em termos de direitos fundamentais porque para estes a solução melhor é a da ponderação aberta e não da interpretação restrita.

¹⁶⁷ Heck, Luis Afonso. **O Modelo das Regras e o Modelo dos Princípios na colisão de direitos fundamentais.** In *Revista dos Tribunais* vol. 781, nov. 2000, p. 75

¹⁶⁸ ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático** in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217/75, jul./set. 1999

O terceiro caminho para o modelo das regras, Alexy afirma ser a melhor opção para os direitos fundamentais, se os considerar regras. Isto porque consiste na inserção livre de ponderação de uma exceção no direito fundamental.

Todavia Alexy entende que o modelo que melhor resolve a colisão de direitos fundamentais é a opção pela sua caracterização como princípios¹⁶⁹, pois não há melhor forma do que a ponderação dos direitos fundamentais para a resolução no caso concreto de uma colisão.

A ponderação é um dos pilares do princípio da proporcionalidade, junto com a idoneidade do meio empregado e da necessidade desse meio. Assim, o princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, pode ser tido como uma “lei da ponderação” que diz “quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam.”¹⁷⁰

A ponderação, diz Luís Afonso Heck¹⁷¹, analisando a teoria de Alexy, se torna assim o meio mais consistente para a resolução da colisão. Primeiro, porque a validade dos direitos fundamentais é qualidade conferida a todos os direitos; segundo, porque, no caso em concreto, não é este o critério de solução, mas sim, o peso do direito fundamental, verificado segundo as circunstâncias presentes no caso concreto pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito e ainda pela concordância prática deste.

¹⁶⁹ ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático** in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 217/75, jul./set. 1999

¹⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 78

¹⁷¹ HECK, Luis Afonso. **O Modelo das Regras e o Modelo dos Princípios na colisão de direitos fundamentais**. In *Revista dos Tribunais* vol. 781, nov. 2000, p. 77

Também é importante colocar que um modelo não exclui o outro, podendo uma norma ser regra e princípio.

Desta forma, pode-se considerar que, para Alexy, a colisão dos direitos fundamentais se resolve no caso em concreto se fazendo a ponderação, não existindo princípios absolutos.

Esta é uma das análises mais interessantes do autor alemão. Para ele, não há princípios absolutos no direito existindo uma relativização desses. No caso concreto, o aplicador do direito analisará os direitos fundamentais em questão e afastará um dos princípios.

Assim, depois da análise das teorias pós-positivistas nas quais o direito é analisado como um sistema aberto, no qual, o aplicador do direito deve fazer ponderações e análises utilizando princípios, resta demonstrar a possibilidade de um controle jurisdicional da Administração Pública frente à utilização equivocada dos administradores públicos no momento da colisão de direitos fundamentais.

Desta forma, admitindo-se através da teoria de Ronald Dworkin que os princípios fazem parte do direito, e que o Estado de Direito é limitado pelos direitos fundamentais, conforme Luigi Ferrajoli e ainda, que não há princípios absolutos, de acordo com Robert Alexy, possível o controle jurisdicional da Administração Pública

CAPÍTULO 3

O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ESTADO DE DIREITO

3.1 Análise Introdutória

O Direito Administrativo consolidou-se como ramo do direito autônomo em fins do séc. XIX e início do séc. XX desenvolvendo-se ao lado do Estado liberal de Direito. Desta forma, ele nasceu inspirado no positivismo jurídico dogmático e nos ideais de liberdade e legalidade formais.

Leonardo Valles Bento preconiza:

Foi nesse contexto de um Estado Liberal de Direito, inspirado no positivismo jurídico oitocentista e nas idéias de liberdade e legalidade formais, que se desenvolveram os princípios burocráticos de estilo weberiano e o Direito Administrativo. Aqueles orientados pela preservação da *res publica* contra práticas predatórias típicas da dominação tradicional, o clientelismo e o patrimonialismo, ou, noutras palavras, proteger o Estado contra o cidadão. Já este, norteado segundo os princípios da legalidade, da impessoalidade, e publicidade, cuidava de proteger o administrado contra abuso e a arbitrariedade da administração pública, colocando a sua disposição um leque de instrumentos e garantias visando a revisão judicial dos atos administrativos.¹⁷²

¹⁷² BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre eficiência e democratização**. Barueri, SP : Manole, 2003, p.142

Porém a evolução do Estado liberal de direito para o Estado constitucional de direito fez nascer obrigações do Estado não só de prestações negativas (direitos de liberdade), mas também de obrigações positivas, no sentido, de corrigir as desigualdades.

Isso ocorreu porque a Administração Pública como um todo, e inclusive a brasileira, adquiriu um relevante papel no Estado constitucional de Direito, que vem aumentando muito após o segundo pós-guerra, assim como se tem verificado o fenômeno do crescimento tecnocrático da Administração Pública.

Como afirma Jose Antonio Estevez Araujo

Este fenômeno é concomitante com o incremento da intervenção do Estado na esfera social e econômica. O intervencionismo estatal traz consigo que as regras de atuação da Administração Pública não sejam somente normas gerais e abstratas, mas também, diretrizes que marcam objetivos concretos.¹⁷³ (tradução da autora)

Por este motivo, a Administração está cada vez mais submetida a pressões, pois não deve obedecer somente às normas clássicas de competência e de procedimentos, mas também, a outras normas que fixam objetivos e conteúdos, o que traz uma maior indeterminação de conceitos e abre uma margem maior de manobras ao administrador.

¹⁷³ ARAUJO, Jose Antonio Estevez. **La crisis del principio de legalidad:** la imagen jurídico-formal y La realidad material del funcionamiento de la administración. In Anuário de Filosofia del Derecho, tomo VII, Madrid, 1990. p 113 Este fenómeno es concomitante con el incremento de la intervención del Estado en la esfera social e económica. El intervencionismo estatal lleva consigo que las reglas de actuación de la Administración Pública no sean ya sólo normas generales e abstractas, sino también, directrices que marcan objetivos concretos.

Assim, como não poderia deixar de ocorrer, no Brasil também houve essa inserção de direitos fundamentais na Constituição de 1988, sendo que, em 1998 houve modificações salientes na estrutura administrativa brasileira.

Com esta nova estrutura, conceitos clássicos da Administração Pública como o formulado por Hely Lopes Meirelles de que

Administração Pública – em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas.¹⁷⁴

Ou mesmo, os formulados por Alexandre de Moraes:

a Administração Pública pode ser definida *objetivamente* como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos, e *subjetivamente* como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.¹⁷⁵

São conceitos gerais que não refletem mais a realidade administrativa atual, ou seja, nos dias de hoje, os autores que fazem uma análise mais acurada da administração pública estão trazendo em seu bojo conceito da “nova administração pública” brasileira.

Rômulo Pizzolati descreve:

A nova administração pública brasileira é um projeto governamental em grau adiantado de implementação, [...] Trata-se de uma resposta

¹⁷⁴MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 22 ed., São Paulo : Malheiros, 1990, p.60

¹⁷⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**, São Paulo : Atlas, 2002, p. 91

política a uma série de crises conjugadas, tais como a crise econômica, que pôs em cheque o papel do Estado como coordenador do sistema econômico; a crise fiscal, que pôs em questão a capacidade financeira do Estado de atender a seus compromissos; e a crise de ‘governança’, entendida como a incapacidade de definir e implementar políticas públicas.¹⁷⁶

Assim, atualmente com as idéias de gerenciamento e com uma redefinição do papel da Administração Pública direcionada a reduzir o seu papel de prestadora de serviços ou produtora para uma função de regulação ou promoção destas atividades, chega-se a conclusão de que “com isto, sobriariam energias, em termos de recursos materiais e humanos, para definir e implementar políticas públicas.”¹⁷⁷

Porém, esta transformação, que aumenta a faculdade de decisão dos órgãos administrativos encarregados de não mais só aplicar e executar as leis, mas também de implementar políticas públicas, mantém a cobertura jurídica da atuação estatal, ou seja, o princípio da legalidade continua atuando como a base da legitimidade da ação estatal.

Assim, apesar do incremento dos poderes de decisão da Administração na segunda metade do século passado, a legitimidade da sua ação está no seu submetimento à lei. O problema é que não é mais possível continuar discutindo sobre uma nova Administração Pública, se o Direito Administrativo não se atualiza, ou seja, continua suas discussões com ferramentas do Estado liberal e calcadas no princípio da legalidade estrita.¹⁷⁸

¹⁷⁶ PIZZOLATI, Romulo. **O controle judicial do mérito da atividade administrativa**. Florianópolis/SC, 2001, Tese de doutorado apresentada na Universidade Federal de Santa Catarina

¹⁷⁷ PIZZOLATI, Rômulo. **O controle judicial do mérito da atividade administrativa**. Florianópolis/SC, 2001, Tese de doutorado apresentada na Universidade Federal de Santa Catarina

¹⁷⁸ BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre eficiência e democratização**. Barueri, SP : Manole, 2003, p.142

Este novo perfil da Administração Pública faz ser necessária uma revisão crítica do Direito Administrativo que passa por uma nova hermenêutica, que pode utilizar como base a teoria garantista.

Como afirma Jose Antonio Estevez Araujo este novo perfil da Administração Pública, é chamado por Eduardo García de Enterría de “processo de jurisdicização crescente na atuação administrativa.”¹⁷⁹

O processo de jurisdicização da atuação da Administração Pública dar-se-ia da seguinte forma:

O primeiro marco deste processo seria a substituição do princípio de que à Administração é permitido fazer tudo aquilo que não está expressamente proibido, pelo princípio contrário, de que está proibido de fazer tudo o que não está expressamente permitido. O segundo marco seria a implantação do controle judicial da atividade da Administração (*G^a DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, 1998, pp. 413-418*). O terceiro seria a extensão deste controle jurisdicional também às chamadas faculdades discricionárias da Administração¹⁸⁰ (tradução da autora)

A jurisdicização esboçada nesta dissertação trata justamente do que diz respeito a nova disposição do Poder Judiciário de expandir o alvo das questões sobre as quais deve formar um juízo, ou seja, sobre as quais pode decidir e controlar.

¹⁷⁹ ARAUJO, Jose Antonio Estevez. **La crisis del principio de legalidad:** la imagen jurídico-formal y La realidad material del funcionamiento de la administración. In *Anuário de Filosofia del Derecho*, tomo VII, Madrid, 1990. p.116. “proceso de juridificación creciente de la actuación administrativa.”

¹⁸⁰ ARAUJO, *op cit* p. 116. “El primer hito de este proceso sería la sustitución del principio de que a la Administración le está permitido hacer todo aquello que no le está expresamente prohibido, por el principio contrario, el de que le está prohibido hacer todo lo que no le está expresamente permitido. El segundo hito sería la implantación del control judicial de la actividad de la Administración. (*G^a DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, 1998, pp. 413-418*). El tercero sería la extensión del control jurisdiccional también a las llamadas facultades discrecionales de la Administración.

Compreende-se o controle da Administração Pública no fato de que esta tem que respeitar o Direito e aplicar no seu dia a dia os direitos fundamentais.

3.2 Os Conceitos Jurídicos Indeterminados / Faculdades Discricionárias

Na doutrina administrativista espanhola¹⁸¹ se desenvolveu uma polémica a partir dos anos setenta acerca dos conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, iniciou-se uma discussão acerca de termos incluídos nas normas de direito administrativo que eram fluídos, indeterminados, vagos.

Foram Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández¹⁸², que melhor demonstraram esta discussão, fazendo a distinção de conceitos jurídicos indeterminados das faculdades discricionárias, outorgando o mérito de tal discussão aos teóricos da doutrina alemã.

Os autores espanhóis demonstraram que nem sempre a lei utiliza conceitos determinados que se delimitam no âmbito da realidade, ou seja, que se referem de maneira unívoca e precisa à determinada realidade.

Às vezes, e não raras vezes, ocorre que a lei utiliza conceitos em que não é clara a hipótese que deseja delimitar. No dizer dos autores acima citados:

A lei não determina com exatidão os limites desses conceitos porque se trata de conceitos que não admitem uma quantificação ou uma determinação rigorosas, porém, em todo caso, é manifesto que se está referindo a uma hipótese da realidade que, não obstante a indeterminação do conceito, admite ser determinado no momento da aplicação.¹⁸³

¹⁸¹ ARAUJO, Jose Antonio Estevez. **La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y La realidad material del funcionamiento de la administración.** In *Anuário de Filosofía del Derecho*, tomo VII, Madrid, 1990. p. 117

¹⁸² ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDES, Tomás Ramón. **Curso de Direito Administrativo.** Trad.: Arnaldo Setti, São Paulo : RT, 1990, p. 392

¹⁸³ ENTERRÍA, *op. cit.* 393

Luiz Henrique Cademartori explicita:

Os chamados ‘conceitos indeterminados’, ‘fluídos’ 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 a oportunidade, tais conceitos fluidos se tornam unívocos e objetivos, dando margem a apenas uma conduta razoável.¹⁸⁴

Assim, como se referem a hipóteses claras e concretas e não a hipóteses imprecisas ou contraditórias tais conceitos só admitem uma solução precisa.

Para melhor explicitar:

Ao estar se referindo a hipóteses concretas e não a vacuidades imprecisas ou contraditórias, é claro que a aplicação de tais conceitos à qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito; ou há boa-fé ou não há; ou o preço é justo ou não é; ou faltou-se à probidade ou não se faltou. *Tertium non datur*. Isto é o essencial do conceito jurídico indeterminado: a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma ‘unidade de solução justa’ em cada caso.¹⁸⁵

O que isso quer dizer é que para os conceitos indeterminados na sua concretização é possível a análise judicial em virtude do fato de ser um problema de interpretação.

Neste sentido, coloca Sainz Moreno, citado por Jose Antonio

Estevez Araujo:

¹⁸⁴CADEMARTORI, Luiz Henrique. **A Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. Curitiba : Juruá, 2001, p. 133

¹⁸⁵ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDES, Tomás Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Trad.: Arnaldo Setti, São Paulo : RT, 1990, p. 393

Esta tese, ao contrário, afirma que a interpretação e aplicação de todo conceito jurídico, qualquer que seja o seu grau de indeterminação, não admite, se a norma não dispõe outra coisa, mais que uma solução correta e que, portanto, a correção da decisão que se tome pode ser controlada judicialmente sem que tal controle implique substituição de critérios.¹⁸⁶ (tradução da autora)

Com essas diferenciações, os autores espanhóis pretenderam resolver o problema da possibilidade ou não da intervenção judicial na atuação dos conceitos jurídicos indeterminados.

Importante ressaltar que nem toda doutrina entende essa separação entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade de forma tão contundente pois vislumbram o exercício de um poder discricionário na determinação dos conceitos indeterminados, que não pode ser passível de controle judicial.¹⁸⁷

Tanto que se faz interessante citar alguns doutrinadores através de Ohlweiler

Engisch entende por conceito indeterminado ‘um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos’ aduzindo que conceitos jurídicos absolutamente determinados são muito raros no Direito, considerando como tais os conceitos numéricos.

Destarte, Sousa refere que, ‘segundo o entendimento mais comum, a expressão *conceito indeterminado*, pretende referir aqueles conceitos que se caracterizam por um elevado grau de indeterminação’.¹⁸⁸

¹⁸⁶ ARAUJO, Jose Antonio Estevez. **La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y La realidad material del funcionamiento de la administración.** In *Anuário de Filosofia del Derecho*, tomo VII, Madrid, 1990. p. 118. Esta tesis, por el contrario, mantiene que la interpretación y aplicación de todo concepto jurídico, cualquiera que sea el grado de su indeterminación, no admite, se la norma no dispone de otra cosa, más que una solución correcta y que, por tanto, la corrección de la decisión que se tome puede ser controladas judicialmente sin que tal control implique una mera sustitución de su criterios

¹⁸⁷ OHLWEILER, Leonel. **Direito Administrativo em perspectiva: os termos indeterminados à luz da hermenêutica**, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000, p. 28

¹⁸⁸ OHLWEILER, *op. cit.* p. 16

Outros entendem ainda que a diferença desses conceitos são que alguns são empíricos (havendo possibilidade de controle) e outros são conceitos de valor (não havendo possibilidade de controle).

E ainda, o entendimento de Antonio Francisco de Souza¹⁸⁹ de que apenas existe uma variação de graus (quantitativa) mas não qualitativa nos termos indeterminados (ex: calamidade e grave calamidade), e argumenta no sentido de haver um poder vinculado na aplicação dos termos indeterminados, ou seja, o administrador público não possuiria liberdade para criar, mas tão somente um poder-dever de constatar uma realidade existente

Em que pese existirem vários entendimentos acerca do assunto, o mais acurado é o realizado pelos doutrinadores espanhóis.

A diferenciação entre conceitos jurídicos indeterminados e faculdades discricionárias é fundamental, pois com tal diferenciação, não há de se olvidar que cabe um controle judicial em relação aos primeiros.

A aplicação de conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação da lei, já que se trata de subsumir em uma categoria legal (configurada, não obstante, sua imprecisão de limites, com a intenção de demarcar uma hipótese concreta) umas circunstâncias reais indeterminadas; justamente por isso é um processo regulado, que se esgota no processo intelectual de compreensão de uma realidade no sentido que o conceito legal indeterminado tem pretendido, processo no qual não interfere nenhuma decisão de vontade do aplicador, como é próprio de quem exerce uma potestade discricional. [...]
O juiz pode fiscalizar sem esforço algum tal aplicação, avaliando se a solução a que com ela tem-se chegado é a única solução justa que a lei permite.¹⁹⁰

¹⁸⁹ SOUZA, Antônio Francisco de. **Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra : Almedina, 1994. p. 97/98

¹⁹⁰ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDES, Tomás Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Trad.: Arnaldo Setti, São Paulo : RT, 1990, p. 394

O que se percebe então, é que boa parte do que se tratava como faculdade discricionária eram, na realidade, conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, “das hipóteses tradicionalmente tidas por atribuições de potestades discricionais pelas leis, não são senão o enunciado de simples conceitos jurídicos indeterminados.”¹⁹¹

Nestes casos, diferentemente do que tradicionalmente se fazia, ou seja, da não apreciação pelo Poder Judiciário por se entender tratar de mérito administrativo, ao contrário, se entende que é possível uma única solução justa que deve ser procurada pela Administração Pública e aplicada por esta, sendo que o seu controle é acessível ao juiz.

E assim explica Jose Antonio Esteves Araujo:

A doutrina dos conceitos jurídico indeterminados se baseia, contudo, no pressuposto dificilmente demonstrável. Trata-se do princípio que Sainz Moreno denomina de a ‘única solução justa’. É um princípio assumido dogmaticamente: pressupõe-se que ao aplicar uma norma que contenha um conceito jurídico indeterminado a um caso concreto, existe uma única solução justa e é possível ser encontrada. [...]

Sobre o dogma da única solução justa se edifica a ficção que permite a fiscalização judicial das decisões administrativas. A ficção consiste em obrigar o órgão administrativo a argumentar - como se - efetivamente existisse somente uma única solução justa. Deste modo, essa decisão pode ser examinada pelo juiz - como se - essa única solução justa efetivamente existisse.¹⁹²

¹⁹¹ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDES, Tomás Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Trad.: Arnaldo Setti, São Paulo : RT, 1990, p. 395

¹⁹² ARAUJO, Jose Antonio Estevez. **La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la administración**. In *Anuário de Filosofia del Derecho*, tomo VII, Madrid, 1990.p. 120 La doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados se basa, sin embargo, en un presupuesto dificilmente demostrable. Se trata del principio que Sainz Moreno denomina de la ‘única solución justa’. Es un principio asumido dogmaticamente: se presupone que al aplicar una norma que contenga un concepto jurídico indeterminado a un caso concreto, existe una única solución justa y es posible encontrarla. [...]Sobre el dogma de la única solución justa se edifica la ficción que permite la fiscalización judicial de las decisiones administrativas. La ficción consiste en obligar al organo administrativo a argumentar - como si - efectivamente existiera una única solución justa. De este modo, esa decisión puede ser examinada por el juez - como si - esa única solución justa efectivamente existiera.

Com tal análise, Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernádes observam que:

Assim, conceitos como urgência, ordem pública, justo preço, calamidade pública, medidas adequadas ou proporcionais, inclusive necessidade pública, utilidade pública e até interesse público, não permitem em sua aplicação uma pluralidade de soluções justas, senão uma só solução em cada caso.¹⁹³

Apesar da grande importância da tese dos conceitos jurídicos indeterminados algumas críticas a ela são feitas em virtude da não apreciação pelo Judiciário das faculdades discricionárias.

Isto porque, estas faculdades não estão imunes a uma normatividade nas atuais Constituições dirigentes. Assim, Luiz Henrique Cademartori afirma que, apesar do avanço em relação aos conceitos jurídicos indeterminados, a posição dos doutrinadores espanhóis ainda é conservadora em se tratando das faculdades discricionárias, pois essas também são suscetíveis de apreciação judicial para este autor.¹⁹⁴

Para ele a discricionariedade é passível de controle jurisdicional em virtude de princípios como o da proporcionalidade e razoabilidade, que, se utilizados de maneira adequada, podem levar a um bom controle jurisdicional, sem que haja uma disfunção entre os poderes executivo e judiciário.

Desta forma, a diferença entre conceitos jurídicos indeterminados e faculdades discricionárias é que estas últimas se manifestam em

¹⁹³ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDES, Tomás Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Trad.: Arnaldo Setti, São Paulo : RT, 1990, p. 395

¹⁹⁴ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. Curitiba : Juruá, 2001, p. 139

alternativas dadas aos administradores e estes escolhem discricionariamente qual é a melhor, enquanto que nos conceitos indeterminados só há uma resposta correta.

Em tal situação, para os autores espanhóis que articularam a diferença entre faculdades discricionárias e conceitos jurídicos indeterminados, não cabe a fiscalização judicial das primeiras, enquanto que para os últimos com a sua concretização é possível a análise judicial em virtude do fato de ser um problema de interpretação.

O exercício de uma atividade discricionária permite, pelo contrário, uma pluralidade de soluções justas, ou, em outros termos, optar entre alternativas que são igualmente justas desde a perspectiva dos Direito. [...]

Discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou, se se prefere, entre indiferentes jurídicos, porque a decisão se fundamenta em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos, etc), não incluídos na lei e remetidos ao julgamento subjetivo da Administração.¹⁹⁵

Porém, com a emergência da perspectiva constitucional na aplicação da lei, - que para Ferrajoli, não amplia a discricionariedade do intérprete, pelo contrário, esta é limitada, haja vista, a exigência constitucional de fundamentação e motivação das decisões -, é possível se pensar em um controle jurisdicional dos conceitos jurídicos indeterminados e da discricionariedade, quando há colisão de direitos fundamentais.

3.3 A Colisão De Direitos Fundamentais de Caráter Principiológico

¹⁹⁵ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Trad.: Arnaldo Setti, São Paulo : RT, 1990, p. 394

Somente a colisão entre direitos fundamentais de caráter principiológico será tratada neste capítulo da dissertação.

A solução para o problema da colisão destes direitos sempre se dará, de um lado ou de ambos os lados, com uma limitação ou sacrifício, ou seja, a solução para qualquer colisão de direitos fundamentais terá que limitar um dos direitos ou ambos.

Assim, o procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação, sendo que, quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas entre as quais é ponderado tem uma estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípios deve chegar a ponderações. Nenhum princípio é considerado inválido.

A ponderação é um dos pilares do princípio da proporcionalidade, junto com a idoneidade do meio empregado e da necessidade desse meio.

Assim, é necessário, antes de tratar do ponto primordial do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, trazer o entendimento do que é o princípio da proporcionalidade.

No dizer de JJ Gomes Canotilho é o princípio da “proibição de excessos”¹⁹⁶.

¹⁹⁶ CANOTILHO, J J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed., Coimbra : Almedina, 2000, p. 527

A proporcionalidade como limite às leis restritivas de direitos fundamentais traduz-se numa **vedação de excesso** de modo que a autorização para a restrição não desborde em intervenção desarrazoada ou desproporcional.

Partindo-se da consideração de que o princípio da proporcionalidade condiciona o exercício da função legislativa de modo a impedir abuso ou fraude à Constituição por meio da lei e, também, que se estende a todas as espécies de atos do poder público, vinculando o legislador, a administração e a jurisdição e espraiando-se por todos os ramos do direito, não só o administrativo, onde tudo começou, mas também, o constitucional, e demais ramos do direito, tem-se como de suma importância, determinar os seus subprincípios, quais sejam: o da adequação, o da necessidade e o da ponderação da medida restritiva e de todos os atos sujeitos à máxima da proporcionalidade.

A regra da adequação ou da idoneidade, como máxima parcial da proporcionalidade em sentido amplo, significa que a medida restritiva do direito deva ser idônea e adequada ao fim proposto baseado no interesse público, controla a relação entre adequação, entre medida-fim, ou seja, a medida seja suscetível de atingir o objetivo escolhido.

A regra da necessidade ou da exigibilidade exige que a medida restritiva utilize, tendo o fim visado, o meio menos gravoso ou mais suave para a consecução do fim. A medida não há de exceder os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja, ou a medida para ser admissível tem que ser necessária. Coloca, Paulo Bonavides¹⁹⁷, citando um publicista francês, de dois males, faz-se mister escolher o menor. É a escolha do meio mais idôneo e com menor restrição.

¹⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Malheiros, 2001

O terceiro elemento ou subprincípio é o chamado princípio da proporcionalidade em sentido estrito que significa a ponderação, que significa que uma vez adequada e necessária a medida restritiva de direito fundamental, esta tem que ser ajustada, proporcional em relação aos resultados obtidos, não pode ser desmedida, desajustada, excessiva. Assim, quando em situação nas quais não se pode concluir qual seria o meio menos danoso, somente a ponderação entre os valores em jogo pode resultar na escolha da medida.

Nestes casos, qualquer que seja a escolha, ela será dada pela justificativa da precedência de um direito sobre o outro, exigida pela máxima da proporcionalidade em sentido estrito.

Nesta “lei da ponderação” que significa “quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem ser as razões que a justificam”¹⁹⁸, temos a máxima da proporcionalidade.

A ponderação, diz Luís Afonso Heck¹⁹⁹, analisando a teoria de Alexy, se torna assim o meio mais consistente para a resolução da colisão, primeiro, porque a validade dos direitos fundamentais é qualidade conferida a todos os direitos; segundo, porque no caso em concreto, não é este o critério de solução, mas sim, o peso do direito fundamental, verificado segundo as circunstâncias presentes no caso concreto pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito e ainda pela concordância prática deste.

¹⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 78

¹⁹⁹ HEHK, Luís Afonso. **O Modelo das Regras e o Modelo dos Princípios na colisão de direitos fundamentais**. In Revista dos Tribunais vol. 781, nov. 2000, p. 77

Desta forma, pode-se considerar que para Alexy a colisão dos direitos fundamentais se resolve no caso em concreto se fazendo a ponderação, não existindo princípios absolutos.

Para o autor alemão, como há foi exposto, não há princípios absolutos no direito existindo uma relativização desses. No caso concreto, o aplicador do direito analisará os direitos fundamentais em questão e afastará um dos princípios.

Tanto que o autor coloca

Se existem princípios absolutos, há de se modificar a definição do conceito de princípio, pois o fato de que exista um princípio que, no caso de colisão, tem que preceder a todos os outros princípios, é dizer, também àquele que diz que as regras estabelecidas têm que ser obedecidas, significa que sua realização não conhece limites jurídicos. Só continuam existindo limites fáticos. E o teorema da colisão não é aplicável.²⁰⁰(tradução da autora)

Assim, percebe-se que, para este autor, não existem princípios absolutos, até em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, que na Constituição Alemã parece ser colocado como absoluto, ele diz que não.

Desta forma, para Robert Alexy, em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, a sua justificativa é que existem duas normas da dignidade da pessoa humana, ou seja, uma **regra** da dignidade da pessoa, e um **princípio** da dignidade da pessoa.

²⁰⁰ ALEXY. Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 106 “si existen principios absolutos, hay que modificar la definición del concepto de principio, pues el hecho de que exista un principio que, en caso de colisión, tiene que preceder a todos los otros principios, es decir, también a aquél que dice que las reglas estatuidas tienen que ser obedecidas, significa que su realización no conoce límites jurídicos. Sólo sieguen existiendo límites fáticos. El teorema de la colisión no es aplicable.

Como princípio dificilmente haverá outros princípios que terão condições de, em uma ponderação, conseguirem ser mais valorizados do que o da dignidade da pessoa humana, ou seja, este princípio precede a todos os demais, mas não se deixa de fazer a ponderação, ou seja, ele não é absoluto, é tido como máxima jurídica.²⁰¹

No pensamento do jurista alemão, sempre será possível fazer uma ponderação e não há a possibilidade de existir princípios absolutos.

3.3.1 Os Princípios Constitucionais do Direito Administrativo Brasileiro

3.3.1.1 Princípio da Legalidade

Este é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo. Com efeito, é o princípio basilar de um Estado de Direito e por isso mesmo é de importância vital para o Direito Administrativo, visto que este nasce com o Estado de Direito. É o fruto da submissão do Estado à lei, em suma, é

a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.²⁰²

Assim, o princípio da legalidade é a total submissão da Administração às leis. Esta tão somente deve obedecê-las, cumpri-las, e pô-las em

²⁰¹ ALEXY, *op. cit.* p. 109

²⁰² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.83

prática. A função administrativa se subordina à legislativa, não somente porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autorize. As leis administrativas são de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo de vontade.

No Brasil, o princípio da legalidade está assentado na própria estrutura do Estado de Direito, sendo previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

No artigo supra citado, que trata da Administração Pública, fica explícita que esta só pode fazer o que a lei autoriza, e que a função do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei ao ato de concreção.

Estampa-se, pois, que a administração é uma atividade subalterna à lei, que se subjeta a esta, e a esta está atrelada.

Importante ressaltar que a eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inciso I do parágrafo único do artigo 2º da Lei 9784/99. Com isso, fica evidente que além da atuação conforme a lei, a legalidade, significa igualmente a observância dos princípios administrativos, fazendo uma leitura pós-positivista e substancial da validade das normas.

3.3.1.2 Princípio da Impessoalidade

Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimen-tosas. Nem

favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções, ou de grupos de qualquer espécie.²⁰³

Para o doutrinador Celso Antonio Bandeira de Mello²⁰⁴ é o próprio princípio da igualdade e isonomia. Além de estar previsto explicitamente no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, tem-se como aplicação concreta deste princípio a exigência de concurso público para preenchimento de cargo, função ou emprego público e a exigência de licitação.

Hely Lopes Meirelles²⁰⁵ confunde o princípio da impessoalidade com o da finalidade, pois a Administração deve sempre alvejar a finalidade normativa. Sempre deve agir de acordo com o fim estabelecido na lei. Ou seja, tomando uma lei como suporte para a prática de um ato que esteja desconforme com a sua finalidade, não se estará aplicando a lei, mas sim desvirtuando-a, burlando-a.

3.3.1.3 Princípio da Moralidade

De acordo com este princípio, a Administração e seus agentes devem atuar na conformidade com os princípios éticos. Violá-los, implica a violação do próprio Direito, configurando ilicitude que sujeita a conduta viciada à invalidação, porquanto tal princípio está explicitamente previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

²⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 96

²⁰⁴ MELLO, *op. cit.* p. 96

²⁰⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

Compreende no seu âmbito os princípios da boa-fé e da lealdade que se traduz no fato que a Administração deve proceder, sempre, em relação aos seus administrados com sinceridade, sendo-lhe proibido qualquer comportamento astucioso, evitado de malícia, produzido de maneira a confundir ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.²⁰⁶

Não é uma moral comum, mas uma moral jurídica, entendida como “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração.”²⁰⁷ Ao atuar o administrador não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também em relação ao honesto e o desonesto.

A moralidade administrativa está ligada ao conceito de “bom administrador” que é aquele que usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum. O inegável é que a moralidade administrativa integra o direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade.

O controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo.²⁰⁸

²⁰⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 101

²⁰⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

²⁰⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001

3.3.1.4 Princípio da Publicidade

Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos.

É o dever de a Administração Pública manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode existir em um Estado Democrático de Direito ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.

É princípio previsto na Constituição (art. 37, *caput*). Na esfera administrativa o sigilo só se admite a teor do art. 5º inc. XXXIII quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

A publicidade não é elemento formativo do ato, mas é requisito de eficácia e moralidade. Como já foi visto, todo ato administrativo deve ser publicado, só se admitindo o sigilo nos casos de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da Administração a ser preservado em processo previamente declarado sigiloso.²⁰⁹

O princípio da publicidade, além de assegurar os efeitos externos do ato, visa propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral, através dos meios constitucionais, do mandado de segurança, ação popular, direito de petição, “habeas data”.

²⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 97

A publicidade, como princípio da Administração Pública, abrange toda a atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação de seus atos, como também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres técnicos e jurídicos, as atas de julgamento de licitações e os contratos com quaisquer interessados e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes²¹⁰.

Quanto à publicação oficial, só é exigida a do ato concluído, ou de determinadas fases de certos procedimentos administrativos, como a licitação.

A publicação que produz efeitos jurídicos é a do órgão oficial da Administração e não a divulgação por imprensa particular, pela televisão ou rádio, ainda que em horário oficial. Por órgão oficial, entende-se não só o Diário Oficial, mas também os jornais contratados para essas publicações. Vale ainda como publicação oficial a afixação dos atos e leis municipais na sede da Prefeitura ou da Câmara, em conformidade com a lei do Município.

3.3.1.5 Princípio da Eficiência

Previsto constitucionalmente desde a Emenda 19/98 no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, é um dos princípios que está trazendo maiores discussões dentro do direito administrativo atual.

Considera-se que este princípio exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição, rendimento funcional. O

²¹⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 97

administrador não deve somente agir dentro da legalidade, mas também, com resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Celso Antonio Bandeira de Mello²¹¹ entende que não há nada há dizer sobre ele, trata-se de algo mais que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do direito, que mais parece um simples adorno agregado ao *caput* do art. 37, ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto.

E mais, afirma que o fato é que tal princípio deve ser concebido na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta eficiência justificaria a postergação daquele que é o dever administrativo por excelência, ou seja, a legalidade.

Leonardo Valles Bento, porém, afirma:

Um dos temas controversos do Direito Administrativo contemporâneo diz respeito ao *princípio da eficiência* que no direito brasileiro foi incluído entre os princípios gerais da administração pública através da Emenda Constitucional nº 19/98 [...] Que significado assume essa inclusão? Qual será o papel desempenhado pelo princípio da eficiência? [...] Assim, é de se presumir a possibilidade de o princípio da eficiência colidir com a legalidade ou com a moralidade. Por conseguinte, é possível que, em face de uma situação concreta, se permita preterir a legalidade (estrita) em nome da eficiência, ou mesmo preterir a moralidade administrativa.²¹²

Assim, é possível frente a teoria de Robert Alexy existir colisões entre os princípios que regem a administração pública cabendo, então, ao magistrado, no

²¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 104

²¹² BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre eficiência e democratização**. Barueri, SP : Manole, 2003, p.145

caso concreto, fazer uma ponderação entre os princípios e aplicar o que mais se coaduna com ao caso concreto.

3.4 O Controle Jurisdicional da Administração Pública quando da colisão de direitos fundamentais sob o enfoque da Teoria Geral do Garantismo e sob o enfoque da Teoria dos Direitos Fundamentais

A partir da Teoria Garantista, aqui apresentada como uma Teoria Geral do Direito, se propõe fazer uma (re) legitimação da ordem jurídica no contexto social, fazendo uma arriscada e audaciosa tentativa de trazer ao Poder Judiciário um controle sobre os conceitos jurídicos indeterminados e as faculdades discricionárias efetivadas pela Administração quando no caso concreto surge uma colisão de direitos fundamentais.

Os administrativistas brasileiros tradicionais são contrários à idéia da possibilidade de o Poder Judiciário controlar os atos administrativos quanto ao seu mérito, e desta forma, mais ainda, no controle de políticas públicas.

Porém, afirma Antonio Peña:

A submissão da administração ao direito como garantia – uma das formas mais originárias de garantia dos direitos do cidadão – tem sido incorporada pelo Estado Constitucional de Direito como expressão de um de seus princípios constitutivos como é o do rigoroso submetimento de todos os poderes do Estado à Constituição e ao resto -do ordenamento jurídico.²¹³

²¹³ PEÑA, Antonio. *El Concepto de Garantía*. Tese de doutoramento apresentada perante o Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Facultad de Derecho. Universidad de Granada, 1996, Cap. IX, Ponto 32. El sometimiento de la administración al derecho como garantía – una las formas más originarias de garantía de los derechos de los ciudadanos – há sido incorporada por el Estado

Assim, deve a Administração Pública trabalhar de acordo com o direito, expressado na Constituição, sendo este, um princípio constitutivo do Estado constitucional de Direito. Ou seja, se a Constituição de um país possui, além das garantias constitucionais individuais (prestações negativas), mas também, garantias fundamentais sociais (prestações positivas), devem estas ser respeitadas quando da implementação de uma política pública.

A Teoria Geral do Garantismo, com já foi analisada no segundo capítulo, tem como seu escopo, a tarefa de plasmar todos os direitos fundamentais e normativá-los e, principalmente, efetivá-los, sendo esta não somente uma questão jurídica, mas também política e fática.

Assim, como o Garantismo se propõe a tal realização, serve de base para fundamentar um controle jurisdicional sobre os conceitos jurídicos indeterminados e as políticas anti-garantistas dos Governos, que afrontam os direitos fundamentais.

Assim, em um Estado Constitucional de Direito não é admissível que a Administração, ao promover políticas públicas, se esqueça que o Estado é um meio para a realização e garantia dos direitos fundamentais, cabendo ao Poder Judiciário controlar qualquer atividade anti-garantista da Administração Pública.

Luiz Henrique Cademartori defende sua tese colocando que

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

constitucional de derecho como expresión de uno de sus principios constitutivos como es el del reguroso sometimiento de todos los poderes del Estado a la constitución y al resto del ordenamiento juridico.

Pública realize, no maior grau possível, o atendimento aos direitos da sociedade observando o interesse geral.²¹⁴

Desta forma, cabe ao intérprete dar vida ao direito e à Constituição utilizando-se de premissas adequadas e necessárias.

O juiz tem que considerar ampliativamente o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito, ou seja, o sistema de jurisdição una traz no seu bojo que toda atividade administrativa, seja discricionária ou não, é passível de controle judicial.

Ademais, no caso concreto é possível ao magistrado analisar uma colisão de direitos fundamentais conforme ensina Robert Alexy, na sua teoria dos Direitos Fundamentais.

A colisão desses se resolve no caso em concreto se fazendo a ponderação, não existindo princípios absolutos, existindo, sim, uma relativização desses. No caso concreto, o aplicador do direito analisará os direitos fundamentais em questão e afastará um dos princípios.

Com isto, demonstra-se a possibilidade de um controle jurisdicional da Administração Pública frente à utilização equivocada dos administradores públicos, cabendo ao magistrado anular o ato que produzir uma política pública contrária ao Direito, no momento da colisão de direitos fundamentais.

²¹⁴ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A Discricionariade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. Curitiba : Juruá, 2001, p. 148

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O assunto enfocado na presente dissertação tem inúmeras possibilidades para maiores discussões, mas as considerações finais são necessárias para demonstrar os objetivos do trabalho e até aonde se conseguiu chegar na análise proposta.

Como escopo principal, teve-se a idéia de analisar o poder da Administração Pública no Estado de Direito e os limites a ela impostos pelos direitos fundamentais, preocupação essa que já circunda o meio acadêmico há décadas.

O grande enfoque da presente dissertação foi a Teoria Geral do Direito que é o estudo do compromisso assumido entre Estado e Direito e sobre a maneira como se interpreta e se executa tal compromisso

Assim, o que se pretendeu foi a partir das teorias pós-positivistas fundamentar a hipótese de controle jurisdicional da Administração Pública.

Este é um assunto bastante delicado, mas que comporta uma discussão científica muito profunda, que infelizmente não é possível dar cabo neste tipo de trabalho.

A utilização de Teorias do Direito, como base teórica, foi uma opção para garantir aos operadores do direito uma fundamentação racional na sua argumentação jurídica de controle jurisdicional.

A Teoria do Direito de Ronald Dworkin foi uma das escolhidas pois é o autor norte americano um dos primeiros autores a fazer uma ligação entre Direito e Moral e a apreciar os princípios e diretrizes políticas como parte do Direito.

A Teoria Geral do Garantismo também foi escolhida, com suas acepções e categorias garantistas, pois dá guarida a um instrumental teórico rico de implementação do Estado constitucional de Direito e principalmente dos elementos dados aos juristas para a sua defesa.

O Estado de Direito, nessa teoria, é visto como uma estrutura limitada e poder, e por isso, a defesa dos direitos fundamentais como peça a limitar os poderes do Estado dá fundamentação e legitimidade a pretensão do controle jurisdicional da Administração Pública, tanto nos conceitos jurídicos indeterminados quanto nas faculdades discricionárias.

Realmente, em um Estado constitucional de Direito não é o juiz, nem o administrador que diz a última palavra, mas sim o Direito. O problema é que quem interpreta o Direito é o Poder Judiciário, limitado por este próprio Direito, e por isto, este tem o dever funcional de controlar a Administração Pública quando esta age de forma contrária aos direitos fundamentais dos cidadãos.

É possível aferir que para Luigi Ferrajoli os direitos fundamentais não podem ser considerados válidos ou inválidos quando colidentes, vez

que todos os direitos fundamentais são válidos, mas tão-somente qual pesa mais nos sentidos de valores.

Esta teoria permite ao jurista resolver de forma prática e bastante razoável diversas lides jurídicas, até porque, na prática a maioria dos casos não são *difíceis*, utilizando a expressão de Ronald Dworkin.

De outra ponta, a terceira teoria escolhida, do autor alemão Robert Alexy, foi importante porque salienta uma teoria dos direitos fundamentais, que teoricamente, para os casos concretos, é a que melhor para a resolução das colisões principiológicas que acontecem no dia a dia dos juristas.

A possibilidade de averiguação no caso concreto de uma ponderação para resolver conflitos é o que melhor se coaduna com a experiência jurídica moderna na atualidade. Até em virtude da crescente importância da teoria da Argumentação Jurídica que propõe que todos os juristas coloquem quais as razões jurídicas que servem de justificação para a sua decisão, utilizando-se dos princípios que regem todo o Direito, e a máxima da proporcionalidade.

Consequentemente, o que esta dissertação quis demonstrar é que existem caminhos diferentes que podem ser utilizados na prática jurídica, cabendo então ao jurista escolher qual o que melhor responde ao problema colocado para a sua análise.

Na realidade, o controle da Administração Pública é possível porque não haverá uma substituição da vontade do administrador público, mas somente, uma aplicação do Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático** In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217/67, jul./set. 1999

_____, **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático** In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 217/56, jul./set. 1999

_____, **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1997

ARAUJO, Jose Antonio Estevez. **La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y La realidad material del funcionamiento de la administración**. In Anuário de Filosofia del Derecho, tomo VII, Madrid, 1990.

BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do Estado: entre eficiência e democratização**. Barueri, SP : Manole, 2003

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992

_____, **Contribución a la teoría del derecho**. Trad. : Alfonso Ruiz Miguel. Valência : Fernando Torres, 1980

_____, **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad.: Marco Aurélio Nogueira. 5º ed. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1992

_____, **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad.: Márcio Pugliese, Edson Bini, Carlos Rodrigues, São Paulo : Ícone, 1995

_____, **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad.: Maria Celeste Leite dos Santos. 5 ed. Brasília : Editora de Brasília, 1994

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo : Malheiros, 2002

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. Curitiba : Juruá, 2001

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**: uma abordagem garantista. Livraria do Advogado : Porto Alegre, 1999

CANOTILHO, J J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed., Coimbra : Almedina, 2000

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Trad.: Marta Guastavino, 2º ed., Barcelona : Ariel Derecho, 1989

_____, Realmente no hay respuesta correcta en los casos dificiles? In: **El Ambito de lo Juridico**. Trad.: Maribel Narvez Mora, Barcelona : Critica, 1994, p. 01

ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDES, Tomás Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Trad.: Arnaldo Setti, São Paulo : RT, 1990

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Madrid : Trotta, 1995

_____, **Derechos y Garantias**. Trad: Perfecto Andres Ibañez y Andrea Greppi. Madrid : Trotta, 1999

GIANFORMAGGIO, Letizia. Diritto e ragione tra essere e dover essere. In: **Le Ragione del Garantismo**. Torino : Grappichelli, 1993

GIORDANI, Mario Curtis, **História do Mundo Feudal II/1**: civilização, Petrópolis : Vozes, 1982.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da Proporcionalidade e Teoria do Direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.) **Direito**

Constitucional : estudos em homenagem a Paulo Bonavides, São Paulo : Malheiros, 2001

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito**. Trad.:Ribeiro Mendes, 4º ed, Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1994

HECK, Luis Afonso. **O Modelo das Regras e o Modelo dos Princípios na colisão de direitos fundamentais**. In Revista dos Tribunais vol. 781, nov. 2000

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado, 3º ed., São Paulo : Martins Fontes, 1991

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 22 ed., São Paulo : Malheiros, 1990

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**, São Paulo : Atlas, 2002

OHLWEILER, Leonel. **Direito Administrativo em perspectiva: os termos indeterminados à luz da hermenêutica**, Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000

OLIVEIRA, Francisco Jose Rodrigues. **Atividade Jurisdicional sob o enfoque garantista**. Curitiba: Juruá, 2002

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica: nova retórica**. Trad.: Verginia K. Pupi. São Paulo : Martins Fontes, 1998

PIZZOLATI, Romulo. **O controle judicial do mérito da atividade administrativa**. Florianópolis/SC, 2001, Tese de doutorado apresentada na Universidade Federal de Santa Catarina

RALWS, John. **Liberalismo Político**. Trad: Dinah de Abreu Azevedo. 2º ed., São Paulo : Ática, 2000

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo : Cortez, 1995.

SOUZA, Antônio Francisco de. **Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra : Almedina, 1994

WEBER, Max. **Ciência e Política**: Duas Vocações. Trad.: Leonidas Hegenberg e Octany da Mota, São Paulo : Cultrix, 1993

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: Fundamentos de uma nova cultura no Direito, 3º ed., São Paulo : Alfa Omega, 2001

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil**:. Ley, derechos y justicia. Trad: Marina Grebcón. Madrid : Trotta, 1995